A. Küsters.
Marburg 3

Grundgeschäft und Leistungsgeschäft gegenüber §§ 138 und 817 B.G.B.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und Staatswissenschaftlichen Fakultät
der Philipps-Universität zu Marburg

vorgelegt von

Alfred Küsters
Gerichtsassessor aus Laasphe

Marburg 1935

Buchdruckerei Alexander Mallwitz, Belzig, Adolf-Hitler-Str. 12

R. UNIV
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Meiner Mutter in Dankbarkeit gewidmet!

Als Dissertation von der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät angenommen am 27. Juni 1933

Berichterstatter: Professor Dr. jur. et phil. Jung

Inhaltsverzeichnis.

Einleitung: Rechtserkenntnisquellen im bürgerlichen Gesetzbuch 9

A. Begriff der guten Sitten, einer beiden Gesetzesvorschriften gemeinsame Grundlage 10

a) Geschichtliche Entwicklung 10
b) Wesen und Inhalt der guten Sitten 11
c) Geltungsbereich 13

B. Tatbestandsmerkmale der §§ 138 und 817 B. G. B. . . . 14

I. § 138 B. G. B.

a) Bedeutung des Begriffs „Rechtsgeschäft" und dessen Arten in den verschiedenen Rechtsgebieten 15
b) Welchem Teil des Rechtsgeschäfts muß der Sittenverstoß anhaften? (Gesamtcharakter) 16

II. § 817 B. G. B.

a) Allgemeine Grundlage der Bereicherungsansprüche . . 19
b) Besondere Stellung des § 817 in diesem System . . . 21
c) Sittenverstoß zeigt sich in der Zweckbestimmung, also der subjektiven Seite 23

C. Gegenüberstellung der beiden Gesetzesvorschriften: Entwicklung des Problems in Fällen, die die Tatbestandsmerkmale beider Bestimmungen in sich vereinigen 24

I. Lösung des angeblichen Widerspruchs durch das Institut der abstrakten Rechtsgeschäfte 25

a) Allgemeine Vorbetrachtungen 25
b) Geschichtliche Entwicklung des abstrakten Rechtsgeschäfts 26
c) Wesen der Abstraktion 28

1. Motiv- und Kausaproblem beim Grundgeschäft . . . 28
2. Künstliche Abtrennung des Leistungsgeschäfts . . . 30
3. Einheitlicher Artzweck aller abstrakten Rechtsgeschäfte 31

II. Ergebnis der Untersuchung über Sittenwidrigkeit und Abstraktionen 31

a) Das Leistungsgeschäft wird grundsätzlich nicht von der Unsittlichkeit und deshalb Nichtigkeit des Grundgeschäfts ergriffen 31
b) Stellungnahme zu den von der Wissenschaft und Rechtsprechung vertretenen Ansichten 33

1. Grundsätzliche Nichtigkeit des abstrakten Rechtsgeschäfts auf allen Rechtsgebieten 33
2. Nur bei solchen des Schuldrechts 35

3. Entgegengesetzt die von Rechtsprechung und herrschender Rechtslehre vertretene Ansicht von der regelmäßigen Unberührbarkeit 37

c) Rechtskonstruktionen, deren praktische Anwendung zu einem unrichtigen Ergebnis führen würde 37

1. Im Wege der Bedingung mittels stillschweigend anzunehmender Willensübereinstimmung der Parteien . . 37

2. Bei unmittelbarer Aufeinanderfolge von Grund- und Leistungsgeschäft unter Anwendung des § 139 B.G.B. 38

d) Wirkliche Ausnahmen 40

1. Im Fall des wucherischen Geschäfts gemäß § 138 Abs. 2 B. G. B. 41

2. Wenn gerade in der dinglichen Entäußerung die Unsittlichkeit liegt 42

D. Anhang: Überprüfung des bisherigen Ergebnisses auf seine praktischen Folgerungen, insbesondere auf die Billigkeit der endgültigen vermögensrechtlichen Regelung 44

a) Kennzeichnung des von der herrschenden Lehre infolge unzulässiger Ausdehnung des § 817. 2 B. G. B. vertretenden Standpunkts an Hand von praktischen Beispielen (Bordell- und Wuchergeschäft) 44

b) Von der herrschenden Lehre zur Abmilderung des Ergebnisses gemachte Ausnahmen 48

c) Kritische Würdigung der von der herrschenden Lehre für die Selbständigkeit der Ausschlußklausel (§ 817, 2 B. G. B.) gegebenen Begründung 49

1. Angebliche Einheit der Bereicherungsansprüche . . 49

2. Entstehungsgeschichte der Vorschrift 52

3. Deren angeblicher Strafgedanke als Gesetzeszweck . 55

d) Richtiges Anwendungsgebiet der Ausschlußklausel . . . 58

Schluß: Zusammenfassung des gewonnenen Ergebnisses . . 59

Literatur-Verzeichnis.

Ackermann: Über das Verhältnis des Schuldversprechens und Schuldanerkenntnisses zu ihrem Schuldgrunde (B.G.B. §§ 780 bis 782, 812 bis 822), in Gruch. Bd. 44, S. 573 ff.

Bähr: Die Anerkennung als Verpflichtungsgrund, Civilistische Abhandlung, 2. Aufl. Cassel und Göttingen 1867.

Brachvogel: Begriff und Rechtsfolgen des zivilrechtlichen Wuchertatbestandes, Diss. Borna-Leipzig 1910.

Biermann: Bürgerliches Recht, Bd. I, Berlin 1908.

Brenner: Die Exceptio doli generalis in den Entscheidungen des Reichsgerichts. Diss. Frankfurt am Main 1926.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten, Bd. II, 1. Abtlg., 2. Aufl. Erlangen 1879.

Brütt: Die abstrakte Forderung nach deutschem Reichsrecht, Berlin 1908.

Calé: Das Rückforderungsrecht des Wucherers beim wucherischen Darlehen. Diss. Berlin 1908.

Cohn: Die wuchergesetzlichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs. In Gruch. Bd. 41 S. 784 ff.

— Kann der Wucherer die Herausgabe der ungerechtfertigten Bereicherung fordern? In D.J.Z. 1904 S. 854 ff.

Cohn, Ernst: Zur Lehre vom Wesen der abstrakten Geschäfte in Arch. f. Ziv. Prax. Bd. 135 S. 67 ff.

Collatz: Zum Recht des B.G.B. in Jher. Jahrb. Bd. 40, Jena 1898.

— Ungerechtfertigte Vermögensverschiebung. Berlin 1899

Cosack: Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 5. Aufl. Jena 1910.

Crome: System des deutschen bürgerlichen Rechts, Bd. 1, 1900, Bd. II, 2 Tübingen und Leipzig 1900, 1902.

Dick: Der „Verstoß gegen gute Sitten" in der gerichtlichen Praxis, im Arch. f. bürg. Recht, Bd. 33 S. 74.

Dernburg: Das bürgerliche Recht des deutschen Reichs und Preussens. Bd. 1, 3. Aufl. Halle a. S. 1902, Bd. 2, 1 3. Auflage Halle a. S. 1905, Bd. 2, 2 1906, 4. Aufl. 1915.

Düringer-Hachenburg: Das Handgesetzbuch vom 10. Mai 1897 (Unter Ausschluß des Seerechts) auf der Grundlage des bürgerlichen Gesetzbuches, 3. Aufl. Mannheim, Berlin, Leipzig 1932.

Eccius: Kondition des Wucherers nach bürgerlichem Gesetzbuche, DJZ. 1903 S. 41.

Eck: Vorträge über das Recht des bürgerlichen Gesetzbuches, 1. u. 2. Aufl. Berlin 1903.

Eckstein: Studien zur Lehre von den unsittlichen Handlungen, Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften, insbesondere Verträgen. Arch. bürg. Bd. 178 ff.

Eichler: Kann der Wucherer nach dem bürgerlichen Gesetzbuche das dem Bewucherten Geleistete kondizieren? Diss. Leipzig 1908.

Endemann: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl. Berlin 1903.

Engel: Wird der Rechtsbestand des dinglichen Erfüllungsgeschäfts und des „Schuldversprechens" und „Schuldanerkenntnisses" durch ihr gegen § 138 B.G.B. verstoßendes rechtsgeschäftliches obligatorisches Kausalgeschäft beeinflußt? Diss. Magdeburg-Wilhelmstadt 1911.

Enneccerus-Kipp-Wolf: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. I,1 25/29 Aufl. Marburg 1927.

Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich 1. Lesung Amtl. Ausg. Berlin und Leipzig 1888.

Erlanger: Gesetzeswiderspruch der §§ 134, 138 mit § 817 B. G. B. Diss. Erlangen 1904.
Feige: Die condictio ob turpem causam nach § 817 B. G. B. Diss. Leipzig 1911.
Ferge: Sittenwidrigkeit und abstrakte Rechtsgeschäfte, ein Beitrag zur Auslegung der §§ 138 und 817 B. G. B. Diss. Greifswald 1919.
Förster: Veräußerung eines Grundstücks mit Bordellbetrieb, in „Recht" 1909, N. 1905.
Fuchs: Ein Hohn auf die Gerechtigkeit (Wortsklaventum und Rechtstreue). In Recht und Wirtschaft 10. Jahrg. Nr. 8, 9.
Gehnich: Bereicherungsansprüche aus nichtigen Verträgen, Diss. 1926.
v. Gierke: Deutsches Privatrecht, München und Leipzig 1917 in: Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft.
Goldmann: Ist bei gleichzeitiger Vornahme von Kausal- und Verfügungsgeschäft und Ungültigkeit des ersteren § 139 B. G. B. anwendbar? Gruch. Bd. 56 S. 161 ff.
Goldmann-Lilienthal: Das bürgerliche Gesetzbuch systematisch dargestellt 2. Aufl. Berlin 1903.
Graff: Kann der Wucherer das von ihm Geleistete zurückverlangen? D. J. Z. 1908 S. 1102.
Hachenburg: Das bürgerliche Gesetzbuch, Vorträge 2. Aufl. München 1900.
Hagen: Gute Sitten als Rechtsbegriff in Gruch. Bd. 52 S. 497.
Hagen, Otto: Die condictio ob turpem causam im gemeinen Rechte und bürgerlichem Gesetzbuche, Diss. Leipzig 1913.
Hahn: Ist ein Schuldversprechen- oder -anerkenntnis auf Grund eines unsittlichen Geschäfts nichtig. Diss. Erlangen 1927.
Haymann: Zur Frage nach der Gültigkeit der Bordellveräußerung und Belastung, in D. J. Z. 1913 S. 1114.
Heck: Die Ausdehnung des § 817 S. 2 auf alle Bereicherungsansprüche im Arch. ziv. Prax. Bd. 124 S. 1 ff.
Hellmann: Vorträge über das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich, Freiburg i. Br., Leipzig und Tübingen 1897.
Hölder: Das gegen die guten Sitten verstoßende Rechtsgeschäft, in D. J. Z. 1908 S. 140 ff.
Hoppe: Die Ausdehnung des § 817 S. 2 B. G. B. auf alle Bereicherungsansprüche. Diss. Breslau 1927.
Jackisch: Über den Gesetzeswiderspruch des § 138 B. G. B. mit § 817 B. G. B. Diss. Leipzig 1911.
Jacoby: Das Wuchergeschäft in Jher. Jb. Bd. 4 S. 159 ff.
Jakobi: Recht, Sitte, Sittlichkeit in Jher. Jb. Bd. 41 S. 69 ff.
Jhering: Der Zweck im Recht, 2. Aufl. Berlin 1905.
— Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, 1893.
Jung: Die Bereicherungsansprüche und der Mangel des rechtlichen Grundes, Leipzig 1902.
— Das Wesen des schuldrechtlichen Grundes (§ 812 B. G. B.) und dessen Bedeutung für die Systematik des Privatrechts in: „Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben" von Otto Schreiber, Bd. 3, Berlin, Leipzig 1929.
— Bürgerliches Recht in Stammler: „Das Gesamte Deutsche Recht in systematischer Darstellung", Bd. 1, Berlin 1931.
Kaufmann: Hat der Wucherer kein Rückforderungsrecht? in Recht 1918 S. 119.
Kindel: Das Rechtsgeschäft und sein Rechtsgrund. Eine Kritik der in den Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich aufgenommenen Lehre vom abstrakten Vertrag, Berlin 1892.
Klingmüller: Das Schuldversprechen und Schuldanerkenntnis des bürgerlichen Gesetzbuchs für das deutsche Reich, in Abhandlungen zum Privatrecht und Zivilprozeß des deutschen Reichs Bd. 9, Jena 1903.
— Begriff des Rechtsgrundes, 1901.

Kohler: Die Ideale im Recht. Arch. bürg. R. Bd. 5. S. 244.
— Lehrbuch des bürgerlichen Rechts Bd. II, 1 Berlin 1906.
— Bürgerliches Recht in Enzyklopädie der Rechtswissenschaft Bd. 1 S. 563 ff, Leipzig-Berlin 1904.
Krückmann: Unwürdigkeit im Arch. bürg. R. Bd. 40 Berlin 1914.
— Der Rückforderungsanspruch des Wucherers in Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern 1915 S. 189 ff.
Lehmann: Allgemeiner Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs 3. Aufl. Berlin und Leipzig 1928.
Lenel: Die Lehre von der Voraussetzung im Arch. ziv. Prax. Bd. 74 S. 213 ff.
Leonhard, Franz: Besonderes Schuldrecht des B. G. B. Bd. 2 München und Leipzig 1931, in: Systematisches Handbuch der deutschen Rechtswissenschaft, 10. Abtlg. 2. Teil Bd. II.
Leonhard, R.: Der allgemeine Teil des bürgerlichen Gesetzbuchs in seinem Einflusse auf die Fortentwicklung der Rechtswissenschaft in: Das Recht des bürgerlichen Gesetzbuchs in Einzeldarstellungen, Berlin 1900.
— Der Verstoß gegen gute Sitten (in der Festgabe für Bekker, Weimar 1907).
Lotmar: Der unmoralische Vertrag, insbesondere nach gemeinem Recht. Leipzig 1896.
Lux: Das Rückforderungsrecht des Wucherers und die Nichtigkeitslehre in LZ. 1919 S. 561 ff.
Marcuse: Wirkung der Unmöglichkeit des Kausalgeschäfts auf das sachenrechtliche Erfüllungsgeschäft, Gruch. Bd. 66 S. 159.
Matthias: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 4. Aufl. 1900.
Matthiessen: Die Eigentumsübertragung an Bordellgrundstücken JW. 1911 S. 923.
v. Mayr: Der Bereicherungsanspruch des deutschen bürgerlichen Rechts, Leipzig 1903.
Meier: Die Einwirkung des wegen Verstoßes gegen § 138 B.G.B. nichtigen obligatorischen Rechtsgeschäfts auf die Rechtswirksamkeit des zu seiner Erfüllung vorgenommenen abstrakten Geschäfts, Diss. Marburg 1927.
Mitteis: Aus römischem und bürgerlichem Recht, Festschrift für Wach 1918.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Amtl. Ausg. Berlin, Leipzig 1888.
Mugdan: Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Berlin 1899.
Neubecker: Die civilistische Stellung des Wucherers nach neuem Recht, in D. J. Z. 1902 S. 568 ff.
— Der abstrakte Vertrag in seinen historischen und dogmatischen Grundzügen im Arch. bürg. R. Bd. 22 S. 34 ff.
Neumann: Handausgabe des Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich 5. Aufl. Berlin 1909.
Oertmann: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen, Allgem. Teil 3. Aufl. Berlin 1927. II, 2 Buch 5. Aufl. Berlin 1929.
— Abstrakte Versprechen aus rechtswidrigem Verpflichtungsgrunde, in D. J. Z. 1902 S. 105 ff.
Philipp: Der Bordellverkauf (§§ 138, 817 B.G.B.) in Zeitschr. für Rechtspflege in Bayern, Bd. 1905.
Planck's: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl. Berlin 1913, Berlin und Leipzig 1928.
Plessen: Die Grundlagen der modernen condiction, Leipzig 1904.
Pollak: Die Beziehungen zwischen § 817 Satz 2 und § 812 B.G.B., Diss. Breslau 1927.
Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuches, Berlin 1898.
Rehbein: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen, Berlin 1899.
Reichel: Zur Behandlung formnichtiger Verpflichtungsgeschäfte (§ 125 B.G.B.) im Arch. ziv. Prax. Bd. 104 S. 1 ff.

— Die Bordellhypothek in D. J. Z. 1907 S. 109 ff.
Reichsgerichtsrätekommentar: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtssprechung des Reichsgerichts, 6. (7) Aufl. Berlin, Leipzig 1928 (1929).
Riezler: Venire contra factum proprium, Studien im römischen, engl. und deutschen Zivilrecht, Leipzig 1912.
Rindfleisch: Die Rechtssprechung des Reichsgerichts zu § 817 B. G. B., Diss. Bremerhafen 1927.
Rümelin: Zur Lehre von den Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen im Arch. ziv. Prax. Bd. 98 S. 169 ff.
Ruf: Gibt der § 812 Abs. 1 B.G.B. einen einheitlichen Bereicherungsanspruch? Diss. Leipzig 1908.
Rumpf: Die reichsgerichtliche Rechtsprechung zu den §§ 138, 817 B.G.B., im Arch. ziv. Prax. Bd. 117 S. 315 ff.
Siber: Grundriß des deutschen bürgerlichen Rechts, Leipzig 1931.
Sliosberg: Die guten Sitten im Zivilrecht, Diss. Leipzig 1910.
Soergel: Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl. Stuttgart 1929.
Sohm: Institutionen, Berlin 1901.
Stammler: Die Lehre von dem Richtigen Recht, Berlin 1902.
— Zur Lehre von der ungerechtfertigten Bereicherung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch, Halle a. S. 1903.
Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch in der Bearbeitung von Koenige, Pinner und Bondi, 12. u. 13. Aufl., Berlin 1926.
v. Staudinger: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch und dem Einführungsgesetz, 9. Aufl. München, Berlin u. Leipzig 1925—1929.
Steinbach: Die Moral als Schranke des Rechtserwerbs und der Rechtsausübung, Wien 1898.
v. Tuhr: Bürgerliches Recht, Allgem. Teil Berlin 1923 in Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft.
— Der allgemeine Teil des deutschen bürgerlichen Rechts, München, Leipzig 1918.
Vogel: Der Begriff des gegen die guten Sitten verstoßenden Rechtsgeschäfts, Diss. Leipzig 1906.
Warneyer: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, 2. Aufl., Tübingen 1930.
Werneburg: Die Anwendbarkeit des § 139 auf Kausal- und Erfüllungsgeschäft bei Nichtigkeit des Kausalgeschäfts wegen Verstoßes gegen die guten Sitten, insbesondere auch die Bordellverträge, Zentr. Bl. F. G. G., Band 1918 S. 373 ff.
Weyl: System der Verschuldungsbegriffe im B. G. B., München 1905, S. 219 ff.
— Vorträge zum bürgerlichen Recht, München 1910.
Wienstein: Begriff und Fälle des abstrakten Rechtsgeschäfts im geltenden Recht, Gruch., Bd. 48 S. 474 ff.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts, 9. Aufl. Frankfurt a. M. 1906.
Zitelmann: Die Rechtsgeschäfte im Entwurfe eines B.G.B. für das Deutsche Reich, 2. Teil.

Grundgeschäft und Leistungsgeschäft gegenüber §§ 138 u. 817 BGB.

Einleitung: Rechtserkenntnisquellen im Bürgerlichen Gesetzbuch.

Im Bürgerlichen Gesetzbuch finden wir häufiger neben juristischen Begriffen, die eine fest umrissene, logische Abgrenzung erfahren haben, auch andere Normen, die statt dessen eine allgemeine Bezeichnung, einen Hinweis auf Wertbegriffe enthalten. Solche Hinweise haben wir in den Ausdrücken des BGBs.: „Treu und Glauben", „billiges Ermessen", auch in den Ausdrücken wie Verkehrssitte, weil, wie das Reichsgericht betont, die gute Verkehrssitte, nicht -unsitte gemeint ist, vor uns. Dazu gehört auch der Begriff „gute Sitten".

Denn in den späteren gemeinrechtlichen Zeiten, nach der Rezeption des römischen Rechts, die durch einen rechtswissenschaftlichen Niedergang gekennzeichnet wurden, sah man es als wünschenswert an, wenn der Richter auf jede Frage der Praxis gleich aus dem Gesetzbuch eine fertige Antwort entnehmen konnte, sogen. Grundsatz der logischen Geschlossenheit des Rechts (Bergbohm). In diesem Sinne war es das Ziel, das in Gesetzen in Erscheinung tretende Recht möglichst lückenlos auszugestalten. Jeder Einzelfall sollte darin seinen vollständigen Aufschluß enthalten. So finden wir noch im Preußischen Allgemeinen Landrecht eine genau ausgearbeitete Kasuistik und demgemäß eine Fülle von Einzelbestimmungen, an die der Richter gebunden war.

Einen anderen Standpunkt nimmt die neuaufkommende Rechtswissenschaftliche Schule ein, die in den Werken eines Savigny Vangerow, Windscheid, Dernburg u. a. ihren höchsten Ausdruck fand. Jetzt griff man wieder auf die römischen Rechtsquellen zurück. Eine Fülle neuer Gedanken strömte damit in das Rechtsleben ein und es bereitete sich eine Wiedergeburt der Rechtswissenschaft vor.

So ging auch die Gesetzgebung, insbesondere auch die Redaktoren des BGBs. dazu über, richtunggebende Begriffe an Stelle von engumschriebenen Einzelregeln aufzustellen. Die Ausarbeitung und Weiterbildung dieser Normen überließ man der Rechtswissenschaft und der Rechtsprechung. Dadurch wurde eine Anpassung

des Rechts an die vielfachen Bedürfnisse der Praxis erreicht und gleichzeitig die Gefahr einer Knebelung der Rechtsprechung vermieden. Dies ermöglicht eben die weite Fassung der Rechtsbegriffe. Neben dem gesetzten Recht gibt es im B. G. B. auch noch allgemeine Verweisungen, die den Richter auf etwas hinweisen, was nicht in geschriebenen Begriffen überliefert ist. Dazu gehören besonders die Verweisungen auf „Treu und Glauben" und „gute Sitten". Nach diesen Maßstäben soll der Richter die übrigen Rechtssätze nachprüfen. „Damit hat die Rechtsprechung ein weitgehendes Überprüfungsrecht für alle Einzelbestimmungen erhalten, die nur unter diesen Gesichtspunkten anzuwenden sind." [1]) Dabei war man sich auch der Gefahr voll bewußt, die durch einen derartigen Spielraum des richterlichen Ermessens in das Recht hineingetragen wurde. Jedoch vertraute man derGewissenhaftigkeit des deutschen Richterstandes. [2])

Der Begriff der guten Sitten kehrt im B. G. B. in den §§ 138, 817, 819 und Art. 30 E. G. B. G. B. wieder. Seine besondere Würdigung findet man in den §§ 138 und 817 B. G. B., die als grundsätzliche Vorschriften zu betrachten sind, und, wie die Fülle der Literatur und Rechtsprechung beweist, im Vordergrund des Interesses stehen.

A.

Begriff der guten Sitten, einer beiden Gesetzesvorschriften gemeinsamen Grundlage.

a) Geschichtliche Entwicklung.

Es würde den Rahmen dieser Arbeit durchbrechen, sollte eine erschöpfende Aufzählung der verschiedenen in der Literatur darüber geäußerten Ansichten versucht werden, welche Bedeutung diesem Begriff beizumessen ist und wie der Richter bei seiner Anwendung zu verfahren hat. Hier kann es sich lediglich darum handeln, eine allgemeine Übersicht zu geben.

Auszugehen ist zunächst von dem römischen Recht, in dem auch schon der Begriff der boni mores eine bedeutsame Rolle spielt und sich, dem Verfahren der römischen Juristen entsprechend, in vielen Einzelfällen wiederfindet. Wie alle älteren Rechtsordnungen so ist die römische auf sakraler Grundlage aufgebaut und daraus der Satz entstanden, daß alles Handeln, welches contra bonos mores verstößt, vom Gesetz weder anerkannt noch geschützt wird.[3]) Mag auch der Inhalt dieser boni mores vielfach von unseren ethischen Anschauungen abweichen (so schon infolge der ver-

[1]) Jung in Stammler S. 468.
[2]) Motive Bd. 1 S. 211.
[3]) Quae facta laedunt pietatem, existimationem, verecundiam nostram, et, ut generaliter dixerim, contra bonos mores fiunt, nec facere nos posse credendum est (Papinian 1. 15 D 28,7).

änderten wirtschaftlichen und kulturellen Verhältnisse), so gilt doch dieses Prinzip auch im römischen Recht, wenn es auch nur kasuistisch und nicht so klar ausgedrückt ist wie heute. [1])

Weiter in seinen Anforderungen geht das kanonische Recht, bei dem der Einfluß der Religion in weit stärkerem Maße hervortritt. Dieses verlangt, daß jede menschliche Rechtsformung sich mit den Idealen einer auf der Religion beruhenden Gerechtigkeit sowie den kirchlichen Satzungen in Einklang setzen müsse.

Von der gemeinrechtlichen Wissenschaft und Praxis wird die Bedeutung dieser Frage stark unterschätzt. Bei Windscheid [2]) findet sich lediglich der Ausspruch: „Nichtig sind auch diejenigen Rechtsgeschäfte, die sich in Widerspruch setzen mit den Vorschriften des Sittengesetzes". Irgend eine nähere Erklärung wird dazu nicht gegeben. Im Bereich des Allgemeinen Landrechts ordnen die §§ 10, I, 4 die Nichtigkeit für einzelne Fälle des sittenwidrigen Geschäfts an. [3]) Eine Besonderheit weist dieses darin auf, daß das zur Erfüllung einer unsittlichen Obligation Geleistete vom Empfänger durch den Fiskus zurückgefordert werden kann. [4]) Auch von der damaligen Rechtsprechung werden zum Teil schon dieselben Probleme behandelt, die unter der Herrschaft des B. G. B. später in den Vordergrund treten.

b) Wesen und Inhalt der guten Sitten.

Offensichtlich ist der heutige Ausdruck „gute Sitten" eine wörtliche Übersetzung des römisch-rechtlichen Begriffs. Fraglich ist, ob diese Übersetzung auch den Sinn des damaligen Begriffs umfaßt.

Aus der Vorgeschichte und den Entwürfen zum B. G. B. geht hervor, daß man sich über die Wahl des entsprechenden Ausdrucks nicht einig war. Dem römischen Recht war nämlich der Unterschied, den wir heute zwischen Sitte und Sittlichkeit machen, fremd. [5]) Es erkennt aber an [6]): „omnia, quae contra bonos mores vel in pacto vel in stipulatione deducuntur, nullius momenti sunt." In diesen letzteren Fällen sind die Voraussetzungen zur Entstehung eines Rechts gegeben, das trotzdem nicht eintritt, weil seine Anwendung gegen die boni mores verstoßen würde, oder welche Nuance ethischen Gefühls sonst genant ist (z. B. honestas). Grundprinzip des corpus juris war demnach Nicht-Anerkennung der Unsittlichkeit, mag es auch nur kasuistisch ausgedrückt sein und ihr Inhalt vielfach von unseren Ansichten abweichen. Es sei in dieser

[1]) Sliosberg a. a. O. S. 6.
[2]) Pandekten Bd. 1 S. 219.
[3]) Vergl. A. L. R. I, 4 § 6f: „Zu Handlungen, welche die Gesetze verbieten, kann durch Willenserklärung niemand berechtigt und verpflichtet werden, auch nicht zu Handlungen, welche die Ehrbarkeit beleidigen".
[4]) Vergl. Dernburg a. a. O. S. 163.
[5]) Lotmar a. a. O. S. 12, Jakobi a. a. O. S. 78 ff.
[6]) 4C 8,38.

Hinsicht nur auf die bekannte „Meretrix-Stelle" [1]) verwiesen, die ein prägnantes Beispiel abweichenden sittlichen Empfindens gibt (vgl. S. 52).

Auch die Redaktoren des B. G. B. waren sich über die Bedeutung und den Inhalt der von ihnen zu wählenden Ausdrücke nicht einig. Schon der 1. Entwurf des B. G. B., der damalige § 106, sprach von Rechtsgeschäften, deren Inhalt gegen „die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung" [2]) verstoße. Der Ausdruck „gute Sitten" wurde in der 2. Lesung des Entwurfs [3]) beanstandet und es wurde beantragt, statt dessen den Ausdruck „Sittlichkeit" zu nehmen, da man annahm, daß dieser Ausdruck den zugrunde liegenden Begriff treffender bezeichne.

Dieser Antrag wurde abgelehnt, weil man keine Einigkeit über den Begriff „Sittlichkeit" herbeiführen konnte, der damals wie auch heute noch ab und an zu eng im Sinn von sexueller Moral verstanden wurde. Man erhoffte, die Beibehaltung des alten Ausdrucks sichere der Vorschrift einen umfassenderen Geltungsbereich und enthalte den richtigen objektiven Maßstab für die Handhabung des Gesetzes. [4])

Wenn man hoffte, mit dieser Abstimmung die Frage endgültig erledigt zu haben, so stellte sich dies als ein Irrtum heraus. Der Zwiestreit kam jetzt erst recht in Fluß, da sich die Stimmen mehrten, daß die Fassung des Begriffs nicht richtig sei. Beide Meinungen fanden sowohl in Literatur und Rechtsprechung eifrige Verfechter.[5])

Es wäre müßig, heute, nachdem das Reichsgericht in seiner ständigen und allgemein anerkannten Rechtsprechung [6]) „das Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden" als Maßstab für die Bemessung der guten Sitten angewandt und sich damit für ein sittlich gutes Denken entschieden hat, noch des näheren auf den früheren Meinungsstreit einzugehen.

---

[1]) 1. 5 D 12, 7.

[2]) Dieser Begriff wurde von der 2. Kommission gestrichen, weil ihm die sichere Begrenzung fehle (sc. ebenso wie dem Begriff der guten Sitten auch!), Verstöße gegen die öffentliche Ordnung zumeist auch gegen die Rechts- und Sittlichkeitsordnung gerichtet seien, Prot. I S. 124.

[3]) Prot. I S. 123.

[4]) Prot. I S. 124.

[5]) Für Sittlichkeit: Crome a. a. O. S. 373, Eckstein a. a. O. S. 203, Enneccerus a. a. O. I, 1 S. 484 Anm. 3, Hachenburg a. a. O. S. 64, Jacobi a. a. O. Bd. 41 S. 93 ff., Jung in Stammler S. 468, Kohler in Lehrb. II, 1 S. 92 ff., Enzykl. 2 S. 76 ff., Lotmar a. a. O. S. 90, 95, Matthias a. a. O. S. 12 o c, v. Mayr a. a. O. S. 569 ff., Oertmann § 138 B Ip, Staudinger § 138 I, 1 b, v. Tuhr II, 2 S. 22, Warneyer § 138 A I, Weyl System S. 226, 230, Windscheid-Kipp II § 314.

Für Sitte: Endemann Lehrb. I § 103, Dernburg I S. 420, Fischer-Henle Zu § 138, Hagen a. a. O. S. 497, Hölder a. a. O. Seite 304 ff., Leonhard, R. a. a. O. § 138 I, zweifelnd: Planck § 138 Anm. 1.

[6]) Zuerst in E. 48, 124, von da an dauernd wiederkehrend: E. 56, 230; 63, 352; 64, 182; 75, 123; 77, 421; 80, 221; 84, 211; 85, 217; 107, 72; 111, 154; JW. 1910 S. 142, 1912 S. 69, R. G. R. Komm. § 138 Anm. 1 Abs. 3, E., in Warn. 1912 Nr. 54: „Anstandsgefühl nur im Sinn von Sittlichkeitsgefühl gemeint".

Wie Ihering zuerst in „Zweck im Recht" [1]) nachgewiesen hat, bedeutet Sitte die Gestaltung des äußeren Zusammenlebens der Menschen. Sie regelt die äußeren Beziehungen der einzelnen Individuen zueinander und ist aus der Notwendigkeit geboren, gegenüber der Außenwelt, den Mitlebenden, ein bestimmtes Verhalten zu beobachten, das diese Mitlebenden kennen, voraussehen, durch welche Berechenbarkeit künftiger Handlungen der Genossen das Zusammenleben erleichtert und Reibungsfälle vermindert werden. Mit der Änderung der Verhältnisse, technischer, wirtschaftlicher, allgemeiner, sozialer, wird freilich auch die Sitte sich wandeln. Trotzdem kann man bei ihr von einem Inbegriff von allgemein üblichen Regeln sprechen, die tatsächlich feststellbar sind. [2])

Als etwas anderes stellt sich der Begriff der Sittlichkeit dar. Diese hat es mit dem Inneren des Menschen zu tun und zeigt ihre Wirkung zur Außenwelt erst dadurch, als in ihr das Individuum durch sein Verhalten sich kenntlich macht. Insofern ist sie ein der bloßen Sitte übergeordneter Begriff, indem sie als letzte Instanz das menschliche Gewissen anerkennt. Die Sitte wird, wenn sie im Widerspruch zur Sittlichkeit steht, zur Unsitte. Gerade der Zusatz „gute" Sitte läßt uns diese Bedeutung des Begriffs als Sittlichkeit klar erkennen. [3]) In nun scheinbarem Gegensatz dazu steht Planck a. a. O., der nicht einen Verstoß gegen die Sittlichkeit, sondern gegen die guten Sitten fordert, aber selbst ausführt, daß dafür das Volksbewußtsein maßgebend sei und es sich nicht etwa um einen bestimmten Brauch handele.

c) Geltungsbereich.

Die Feststellung des Inhalts und der Grenzen der guten Sitten liegt dem Ermessen des Richters ob. Sie ist eine Rechts- und keine Tatfrage und unterliegt deshalb der Revision. Grade die §§ 138 und 817 B. G. B. bilden „die Haupteinfallstore für das Eindringen ungeschriebenen Rechts in das Bereich unserer bürgerlichen Rechtsordnung", so Jung in „Stammler" a. a. O. Denn der Richter ist nach den obigen Abgrenzungen an keine geschriebenen noch sonst irgendwie bestimmten Normen gebunden, da eine Sittlichkeitslehre mindestens dann, wenn es keine alleinherrschende Staatskirche gibt, nirgends bindend aufgezeichnet und nicht wie die Sitte irgendwie feststellbar ist. Es ist freie richterliche Überzeugungssache, wie dieser die Grenzen festlegen will. Das Reichsgericht hat mehrfach eine Erläuterung dazu gegeben, was der Ausdruck „Sittlichkeit" umfaßt (vergl. die oben angeführten Entscheidungen: Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden, herrschendes Volksbewußtsein usw.). Aber auch damit ist keine feste Abgrenzung gegeben, da in dieser Definition wieder neue,

[1]) Bd. II S. 60 ff.
[2]) Jung in Stammler S. 468.
[3]) Jung a. a. O.

einer näheren Erläuterung bedürftige Begriffe, Wertbegriffe, auftauchen. Man muß deshalb sagen, daß der Richter in letzter Instanz seinem Gewissen, seinem „Rechtsgewissen", wie Jung a. a. O. sich ausdrückt, verantwortlich und auf dieses verwiesen ist. Damit wird dem Richter ein großes Maß Verantwortung auferlegt, da er diesen Maßstab an sämtliche Rechtsnormen anzuwenden hat. Die Motive [1]) charakterisieren das Neue dieser Vorschrift richtig, wenn sie sagen: „Die Vorschrift stellt sich als ein bedeutsamer gesetzgeberischer Schritt dar, der vielleicht nicht ohne Bedenken ist. Dem richterlichen Ermessen wird ein Spielraum gewährt, wie ein solcher großen Rechtsgebieten bisher unbekannt ist. Bei der Gewissenhaftigkeit des deutschen Richterstandes kann indessen unbedenklich darauf vertraut werden, daß die Vorschrift im großen und ganzen nur in dem Sinn angewandt wird, in dem sie gegeben ist."

In der Rechtsprechung finden wir nun eine ungeheure Verschiedenheit der einzelnen Fälle, in denen von dem Überprüfungsrecht Gebrauch gemacht ist. Nach der zutreffenden Judikatur des Reichsgerichts [2]) kommt es auf den Durchschnittsmaßstab an; weder die äußerste Strenge des sittlich Höchststehenden gegen sich selbst noch ein unter dem Durchschnitt liegendes sittliches Verhalten darf den Maßstab abgeben. Es kann auch nicht eine in gewissen Kreisen, z. B. in der Kriegs- und Nachkriegszeit herrschend gewordene laxe Auffassung als Entschuldigung herangezogen werden, ebensowenig irgendwelche Geschäftspraktiken. Die besonderen Umstände und die jeweilige Beschaffenheit des Einzelfalls sind zu berücksichtigen. Denn es darf nicht alles gleich behandelt werden, was tatsächlich ungleich ist. So haben auch Standesanschauungen (z. B. der Ärzte, der Rechtsanwälte) und Anschauungen eines gewissen Volkskreises (z. B. des ehrbaren Kaufmanns) Anspruch auf Sonderberücksichtigung. [3])

B.

Tatbestandsmerkmale der §§ 138 und 817 B.G.B.

I. § 138 B.G.B.

Nach diesem Versuch einer ungefähren Abgrenzung des Begriffs der guten Sitten soll im Folgenden untersucht werden, was nach den beiden erwähnten Vorschriften dem Überprüfungsrecht des Richters unterliegt und in welchem Verhältnis diese beiden Vorschriften zueinander stehen. Zunächst soll deshalb auf die einzelnen Tatbestandsmerkmale dieser Vorschriften eingegangen werden.

---

[1]) Mot. Bd. I S. 111.

[2]) Vergl. R. G. R. Komm. § 138 Anm. 1 Abs. 3, R. G. E. 48, 125; 55, 373; 66, 148; 72, 342; K. G. Rspr. 22, 141.

[3]) Außer den oben angeführten R. G. Entscheidungen v. Tuhr a. a. O. II, 2 S. 24 mit weiterem Literaturnachweis, Warneyer § 138, Anm. AI.

§ 138 spricht von einem Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt. Im 2. Absatz ist lediglich als Unterfall des sittenwidrigen Rechtsgeschäfts das wucherische dargestellt, wie sich aus den satzverbindenden Worten „Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, ..." ergibt. Auf letzteres braucht deshalb in diesem Zusammenhang nicht näher eingegangen zu werden.

a) Bedeutung des Begriffs „Rechtsgeschäft" und dessen Arten in den verschiedenen Rechtsgebieten.

Der Begriff des Rechtsgeschäfts wird vom B. G. B. als bekannt vorausgesetzt. Von den Motiven wird er definiert als eine „Privatwillenserklärung, gerichtet auf die Hervorbringung eines rechtlichen Erfolges, der nach der Rechtsordnung deswegen eintritt, weil er gewollt ist." [1]) Kommt das Rechtsgeschäft durch die Willenserklärung nur einer Person zustande, so nennen wir es ein einseitiges Rechtsgeschäft. Im Gegensatz dazu steht das zweiseitige Rechtsgeschäft, der Vertrag, zu dessen Zustandekommen mindestens von zwei Personen übereinstimmende Willenserklärungen vorliegen müssen. Der Vertrag ist auf allen Rechtsgebieten anwendbar. Sein Hauptanwendungsfall ist im Recht der Güterbewegungsvorgänge, dem Schuldrecht enthalten.

Man unterscheidet weiterhin zwischen kausalen und abstrakten Rechtsgeschäften, worüber unten S. 25 noch des näheren die Rede sein wird. Hier sei von den dort entwickelten Ergebnissen nur soviel vorweggenommen, daß jeder Bewegung von Werten, insbesondere Vermögenswerten, irgend eine Zweckbestimmung zugrunde liegen muß, ohne die eine derartige Verschiebung wirtschaftlich unsinnig wäre. Dieser unmittelbare Zweck stellt zugleich den Rechtsgrund = causa, die schuldrechtliche Unterlage dar, aus der das Geschäft vorgenommen wird. Je nachdem nun dieser rechtlich erhebliche Zweck derart in das Rechtsgeschäft aufgenommen ist, daß von seiner Erreichung die Wirksamkeit der stattgefundenen Vermögensbewegung abhängt, oder andererseits ohne Rücksicht darauf die Leistung gültig ist, der Rechtsgrund also davon abgelöst = abstrahiert ist, spricht man entweder von kausalen oder abstrakten Rechtsgeschäften. Man unterscheidet bei letzteren wieder zwischen solchen des Obligationen- und des Sachenrechts (sogen. dingliche Verträge). Nach der Systematik des B. G. B.s sind gerade die Rechtsgeschäfte, durch die, nach außen hin erkennbar, eine Wertbewegung zwischen Beteiligten stattfindet)sogen. Leistungsgeschäfte), losgelöst von den rechtlichen Beziehungen der Personen, die dieser Wertverteilung zugrunde liegen und diese rechtfertigen. Das diese Vereinbarung über die vorzunehmende Güterbewegung enthaltende Rechtsgeschäft, das in der Hauptsache also eine Leistung verspricht, nennt man Grundgeschäft. [2])

[1]) Zitiert bei Staub, a. a. O., Anhang zu § 346 H. G. B., Anm. 4.
[2]) Vergl. statt aller: Jung in Stammler S. 789 ff.

Der Grund für diese Verselbständigung des Leistungsgeschäfts, die vom wirtschaftlichen Standpunkt aus unverständlich ist, ist ein rein praktischer: die Eigentumsverhältnisse sollen mit Rücksicht auf die Sicherheit des Rechtsverkehrs klar herausgestellt werden und eine Vermögensbewegung in ihrer Wirksamkeit von den zwischen den Beteiligten bestehenden Beziehungen unabhängig sein. [1])

b) Welchem Teil des Rechtsgeschäfts muß der Sittenverstoß anhaften (Gesamtcharakter)?

Die Stellung des § 138 im allgemeinen Teil des B. G. B. läßt m. E. den Schluß zu, daß diese Vorschrift auf alle oben erwähnten Rechtsgeschäfte, also auch auf die abstrakten, ebenso wie die Vorschriften über die Geschäftsfähigkeit und Stellvertretung z. B., Anwendung finden müssen.

Im Gesetz selbst finden wir nun keine Antwort auf die Frage, was unter einem Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, zu verstehen ist und wann ein derartiger Verstoß vorliegt. Auch in der Literatur herrschte über diese Frage lange Zeit Streit, bis sich in der Hauptsache zwei Ansichten herausgebildet haben.

Nach der einen, heute abgelehnten Richtung ist lediglich der objektive Inhalt des Rechtsgeschäfts unmittelbar maßgebend. [2])

Die herrschende Ansicht, die insbesondere auch vom Reichsgericht in dauernder Rechtsprechung vertreten wird, zieht die Grenze weiter. Danach kommt es auf den Gesamtcharakter an, den das Geschäft trägt, und zwar ist dieser sowohl auf die objektiven wie auch auf die subjektiven Momente hin zu prüfen. Ein Anhaltspunkt geben also auch die von den Parteien verfolgten Zwecke und die zum Abschluß des Geschäfts maßgebend gewesenen Motive. [3])

Letztere Auffassung verdient den Vorzug, insbesondere da auch die Entstehungsgeschichte dieser Gesetzesvorschrift für sie spricht.

Nach § 106 des ersten Entwurfes kam es lediglich auf den Inhalt des Rechtsgeschäfts an, auf die verwerfliche Gesinnung der Parteien war keine Rücksicht zu nehmen. [4])

---

[1]) So Jung a. a. O. S. 933.

[2]) Collatz Jher. Jb. Bd. 40 S. 142, Eckstein a. a. O. S. 192, Hölder im Arch. ziv. Prax. Bd. 73 S. 100 ff., Lenel DJZ. 07 S. 455, Leonhard, R. a. a. O. S. 33, Matthias I S. 228.

[3]) So Cosack Lehrb. Bd. I S. 223, Crome a. a. O. Bd. I, 1 S. 374, Enneccerus I, 1 S. 479, Staudinger § 138 Anm. I, 3, Warneyer § 138 Anm. 1 und die dauernde Rechtssprechung des Reichsgerichts, zuerst in JW. 1903 Beil. 41, dann Entsch. 56, 239; 63, 350; 64, 182; 68, 98; 71, 123; 75, 74; 80, 221; 86, 148; 98, 176; 107, 72; 111, 154 u. R. G. R. Komm. § 138 Anm. 1a.

[4]) § 106 E. I: Ein Rechtsgeschäft, dessen Inhalt gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig. Die Motive Bd. 1 S. 211 bemerken dazu, daß . . . nicht jedes vom Standpunkt der Sittlichkeit verwerfliche Rechtsgeschäft nichtig sein könne. Die Grenze sei dahin zu ziehen, daß Nichtigkeit eintrete, wenn der Inhalt eines Rechtsgeschäfts unmittelbar in objektiver Hinsicht und unter Ausschaltung der subjektiven Seite die guten Sitten verletze.

Diese Ausführungen begegneten lebhaftem Widerspruch, man fand die Fassung des § 107 zu eng, da das subjektive Moment darin völlig ausgeschaltet wurde.

Die zweite Kommission schloß sich dieser Auffassung an. Wir ersehen das aus folgender Erklärung [1]): „Wenn auch auf die Motive der Parteien nicht in dem Maß Rücksicht genommen werden dürfe, daß ihre Handlungen einer sittenrichterlichen Kontrolle des Richters unterstellt würden, so sei es doch in jedem Fall unerläßlich, die verwerfliche Gesinnung der Parteien nicht außer Acht zu lassen, weil erst durch Hinzunahme dieses subjektiven Momentes die Gesinnung der Parteien in das rechte Licht gesetzt würde." Daraufhin ist von der Kommission der Entwurf dahin geändert, daß man das Wort „Inhalt" wegließ. Damit glaubte man dem subjektiven Moment genügend Rechnung getragen zu haben.

Bestärkt wird der Standpunkt der herrschenden Meinung auch noch durch die Ausführungen Zitelmanns [2]), § 106 sei zu eng. „Dem Richter ist hier die freie Beurteilung anheim zu geben. Bei dieser Sachlage müssen wir aber jedenfalls den § 106 so weit fassen, daß dem Richter auch wirklich volle Freiheit bleibt. Wir lassen also die Erwähnung des Inhalts der Rechtsgeschäfte weg."

Einen weiteren Beweis für die Richtigkeit dieser Ansicht kann man auch aus dem § 138 Abs. 2 selbst ziehen, der ja nur ein Unterfall der allgemeinen Vorschrift ist. Auch bei diesem wird das Vorhandensein subjektiver Momente vorausgesetzt.

Die subjektive Seite des Rechtsgeschäfts stellt sich nun dar durch den Beweggrund, aus dem das Geschäft geschlossen, und durch den Zweck, der damit verfolgt wird. „Also durch die persönliche Gesinnung und Absicht der Vertragschließenden wird die Unsittlichkeit näher erläutert." [3])

Das Vorherrschende bei der Prüfung des Geschäfts muß deshalb immer dessen Gesamtcharakter sein. Erst aus der Zusammenfassung von dessen objektiven und subjektiven Momenten, die beide unsittlich sein müssen, kann sich die Nichtigkeit des Geschäftes herleiten. Es genügt nicht das eine ohne das andere, nicht nur Verwerflichkeit des objektiven Geschäftsinhalts allein oder nur anstößige Gesinnung der Parteien. Deren sittenwidrige Beweggründe müssen zum Geschäftsinhalt erhoben sein oder zum mindesten diesen maßgebend beeinflußt haben. Dies ist auch die von der herrschenden Linie gegebene Abgrenzung. [4])

---

[1]) Prot. I S. 123 ff.

[2]) Zitelmann a. a. O. S. 61, zitiert nach Oertmann, Vorbem. z. 3. Abschn. des 1. Buches zum B. G. B.

[3]) Warneyer § 138 Anm. A III.

[4]) Vergl. dazu Eneccerus I, 1 S. 481, Oertmann § 138 c, Planck § 138 b I 1—2, Staudinger § 138 Anm. I, v. Tuhr II, 2 S. 28, R. G. R. Komm. § 138, 1 R. G. E. 63, 350; 68, 99; 71, 173, 194; 78, 283; 84, 211; 86, 148; Seuff. Arch. 61, 436; JW. 06 Nr. 459; 11 Nr. 317; 12 Nr. 853; 13 Nr. 540; 26 S. 119.

Notwendig ist deshalb bei einem zweiseitigen Rechtsgeschäft, also einem Vertrage, daß beiden Kontrahenten ein derartiger Verstoß zur Last fallen muß. Nicht genügend ist die Verwerflichkeit nur der einen Partei.[1]) Diese würde keine Nichtigkeit des Rechtsgeschäfts hervorrufen, sondern nur dem Vertragsgegner eventuell die Möglichkeit einer Anfechtung infolge arglistiger Täuschung o. ä. eröffnen.[2])

Nicht erforderlich ist ebenfalls, daß die Kontrahenten das Bewußtsein einer Sittenwidrigkeit ihres Tuns hatten. Es genügt, wenn ihnen die einzelnen Tatsachen bekannt geworden sind, aus denen der Richter später die Sittenwidrigkeit herleitet. Das ergibt sich aus dem Wesen des Sittlichkeitsbegriffes, der völlig unabhängig ist von dem Begriff des Einzelnen.[3])

Die Nichtigkeit ist eine absolute und kann von jedem Dritten geltend gemacht werden.[4]) Auch ergreift sie den Vertrag im Ganzen und in allen seinen Teilen, wenn ein einheitlicher Vertrag vorliegt. Daran ändert auch eine äußere Zerlegung der Verträge nichts, obwohl § 139 B. G. B. anwendbar ist. Dann muß aber der Beweis erbracht sein, daß der nicht unsittliche Teil des Geschäfts auch ohne den unsittlichen Teil von beiden Parteien ebenso abgeschlossen wäre.[5])

Eine Zusammenstellung und Gruppierung der vielartigen einzelnen Fälle, in denen ein Rechtsgeschäft gegen die guten Sitten verstößt, ist von vielen Schriftstellern gegeben worden. Bei der Vielseitigkeit des Lebens war etwas derartiges durch das Gesetz nicht möglich. So hat vor allem für das Gebiet des gemeinen Rechts Lotmar eine recht weite Aufstellung gegeben.[6]) Eine m. E. genügende Einteilung der Möglichkeiten, in welcher Weise sich ein Sittenverstoß darstellen kann, haben Oertmann[7]) und Enneccerus[8]) gegeben, auf die Bezug genommen wird.

---

[1]) Lotmar a. a. O. S. 25 ff. außer den oben angeführten, besonders R. G. in Seuff. Arch. 65, 172; R. G. E. 78, 283; Die einseitige Verfolgung eines unsittlichen Zwecks durch eine Vertragspartei stelle einen Verstoß gegen § 138 nicht dar, da dies kein das ganze Geschäft ergreifender Verstoß sei. Auch aus der Kenntnis des andern könne nicht sofort auf dessen subjektives unsittliches Verhalten geschlossen werden, sondern nur dann, wenn eine Mitwirkung stattfände. Dadurch würde der Vertrag zu einem beiderseits unsittlichen.

[2]) So Lotmar S. 25 ff., v. Mayr S. 572, Oertmann § 817 2c, Warneyer § 138 AIII.

[3]) Ferge a. a. O. S. 37 ff.

[4]) R. G. E. 58, 206.

[5]) Staub a. a. O. Anm. 3, R. G. E. 38, 202; 69, 134; 71, 93; JW. 13, 18; 15, 994.

[6]) a. a. O. S. 68 ff.

[7]) § 138 Anm. 1 c.

[8]) I, 1 S. 482 f.

II. § 817 B.G.B.

a) Allgemeine Grundlage der Bereicherungsansprüche.

Während es also nach § 138 auf den Gesamtcharakter eines Rechtsgeschäfts ankommt, der sich sowohl aus objektiven wie aus subjektiven Momenten zusammensetzt, ist, auf den Wortlaut des § 817 abgestellt, für die Anwendung dieser Bereicherungsvorschrift allein die Zweckbestimmung der Leistung maßgebend.

Entscheidendes Gewicht ist also auf die subjektive Seite zu legen, und zwar kann sich das unsittliche Verhalten der Parteien sowohl in der Annahme (Satz 1 des § 817) als auch in der Hingabe der Leistung (Satz 2 des § 817) offenbaren.

In diesem Zusammenhang sei es erlaubt, auf den an den § 817 sich anknüpfenden und in der Literatur oft wiederspiegelnden Zwiestreit, insbesondere die Stellung des § 817, 2 zu § 812 betreffend, auf die unten S. 77? behandelten Stellen zu verweisen. Die Erörterung schon an dieser Stelle würde unzweckmäßig sein und den Überblick stören. Es werden deshalb hier nur allgemeine und auf beide Gesetzesbestimmungen zutreffende Grundlagen behandelt.

§ 817 gehört seiner systematischen Stellung nach mit zu den Bereicherungsansprüchen, die darauf hinzielen, eine vorläufige Rechtslage nachträglich einer Kritik zu unterziehen.[1]) Eine derartige Notwendigkeit ergibt sich angesichts des modernen Rechts: die Verkehrsbedürfnisse zielen darauf hin, möglichst rasch eine Klarheit in den Rechtsbeziehungen der Beteiligten zu schaffen, die später allerdings einer Nachprüfung unterliegen kann. Als typische Beispiele, in denen diese Gedanken ihren Niederschlag gefunden haben, sind der gutgläubige Erwerb seitens eines Dritten sowie das Institut der abstrakten Rechtsgeschäfte im B.G.B. zu nennen. Grade in den letzteren, von denen schon zu Anfang die Rede war und die unten S. 23 noch eine ausführliche Behandlung erfahren, auf die hier verwiesen wird, ist die Schneidigkeit des modernen Rechts, zu dessen Milderung das Institut derBereicherungsansprüche geschaffen ist, mit am stärksten ausgeprägt.

Voraussetzung für die Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung ist, daß sich zwischen zwei Personen eine Güterbewegung vollzogen hat — es muß aus dem Vermögen des einen etwas in das des anderen übergegangen sein —, ohne daß dazu zwischen den Beteiligten eine diese Bewegung rechtfertigende schuldrechtliche Unterlage besteht. Andernfalls wäre die Leistung in der Rechtsmacht der leitenden Partei geblieben und diese könnte mit der reivindicatio von dem andern die ihm gehörige Sache zurückverlangen. Gemeinsame Grundlage der Bereicherungsansprüche ist demnach, daß durch eine Leistung oder in sonstiger Weise eine Vermögensübertragung stattgefunden hat und dadurch eine Bereicherung der einen Partei eingetreten ist, die ungerechtfertigt ist

[1]) Klingmüller, Rechtsgrund S. 107.

und deshalb wieder zurückgeführt werden soll. Die Gründe, aus denen heraus die Vermögensverteilung von der Rechtsordnung keine Rechtfertigung erfährt, sind verschiedener Art und keinesfalls einheitlich.

Die herrschende Lehre begründet nun das Vorhandensein der Bereicherungsansprüche damit, daß öfter (auf Grund der abstrakten Rechtsgeschäfte) ein Vermögensübergang stattfinde, der zwar „äußerlich" sich in formell gültiger Form abspiele, aber ‚innerlich" nicht gerechtfertigt sei und deshalb der Rückgängigmachung bedürfe (oder: „formell" —, aber nicht „materiell" begründet sei).[1])

Diese Ausdrücke stellen nun keine Lösung des Problems dar. Sie sind lediglich aus der Verlegenheit geboren, eine standhaltende Erklärung nicht geben zu können.

Jung[2]) geht davon aus, daß zur Überführung eines Vermögenswertes in das Vermögen eines andern zwischen diesen Beteiligten gewisse Grundlagen vorhanden sein müssen, die diese Güterbewegung rechtfertigen. Diese Grundsätze findet man in den Bestimmungen des Schuldrechts, die der geplanten Güterbewegung dienen. Die darin aufgeführten einzelnen Rechtsformen der verschiedenen Schuldverhältnisse, soweit sie auf Vertrag beruhen, nicht ex lege entstehen, sind nach Stammler[3]) „rechtliche Sonderverbindungen unter Privaten zu bestimmtem sozialen Zusammenwirken". Der Hauptnachdruck ist deshalb auf diesen Güterbewegungsvorgang zu richten: Einer Änderung in der Güterverteilung muß immer eine Sonderverbindung, d. h. eben ein Schuldverhältnis vorangehen, das diese neue Verteilung rechtfertigt. Der Übergang eines Vermögensstücks in das des Anderen vollzieht sich nun aus praktischen Gründen, wie schon kurz gestreift, nach den Vorschriften über absolute Rechte. Es bedarf dazu lediglich der dafür gesetzlich vorgeschriebenen Formen, d. h. lediglich einer Willenseinigung der Beteiligten über die geplante Änderung und eines in der Außenwelt hervortretenden Vorgangs, wie die Besitzübergabe, Grundbucheintragung u. ä.

Bei Vorliegen dieser gesetzlichen Erfordernisse vollzieht sich die Rechtsänderung, ohne daß daraus ersichtlich ist, ob die dafür zwischen den beiden beim Leistungsgeschäft Beteiligten notwendigen „Sonderverbindungen" vorgelegen haben. Ist die Wertbewegung ohne einen derartigen die Vermögensveränderung rechtfertigenden Grund erfolgt, dann fehlt es diesem neuen Zustand der Vermögensverteilung an der schuldrechtlichen Unterlage. Sie darf nicht bestehen bleiben, sondern muß wieder rückgängig gemacht werden. Das geschieht eben durch die Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung.

---

[1]) Vergl. dazu Plank § 812 Anm. 3, Staudinger § 812 I, 4, Eichler a. a. O. S. 13 ff.

[2]) Jung, Bereicherungsansprüche S. 32 ff., S. 133.

[3]) Stammler (Recht der Schuldenverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren, S. 8), zitiert bei Jung, Bereicherungsansprüche S. 4, S. 130 ff., in Stammler S. 502.

b) Besondere Stellung des § 817 in diesem System.

Während § 812 B. G. B. den Hauptfall betrifft, daß einer Leistung der diese rechtfertigende Grund mangelt, haben wir in § 817 B. G. B. einen Sonderfall vor uns: Hier ist es nicht Voraussetzung für die Rückgewährpflicht, daß der eingetretenen Wertbewegung die schuldrechtliche Unterlage in den Beziehungen der Beteiligten zueinander gefehlt hat.[1]) § 817 verlangt allerdings wie alle Bereicherungsansprüche, daß eine Leistung bewirkt ist. Dazu gehört nicht nur die direkte Hingabe eines Vermögensgegenstandes, es fällt darunter auch die durch Vertrag erfolgte Anerkennung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Schuldverhältnisses sowie die Eingehung einer Verbindlichkeit. Dazu zu rechnen ist weiter die Leistung von Diensten sowie eine Gebrauchsüberlassung.[2]) Auch mag dieser Vermögensbewegung eine schuldrechtliche Grundlage zu Grunde gelegen haben.

Die Besonderheit bei § 817 ist es nun, daß der Zweck dieser Leistung in der Art bestimmt gewesen sein muß, daß der Empfänger durch die Annahme oder, im Fall S. 2 § 817 beide Teile, Empfänger und Leistender, durch Hingabe und Annahme gegen ein gesetzliches Verbot oder die guten Sitten verstoßen haben müssen.

Daraus folgt, daß das der Güterbewegung zu Grunde liegende schuldrechtliche Verhältnis nicht wegen Verstoßes gegen die guten Sitten selbst nichtig zu sein braucht. In sehr vielen und den wichtigsten Fällen wird sich die Nichtigkeit auch auf die obligatorischen Sonderbeziehungen erstrecken, da in deren Gesamtcharakter gemäß § 138 B. G. B. und nicht nur in der Zweckbestimmung allein ein Verstoß zu erblicken ist. Für diesen Fall ergibt sich die Rückforderungsmöglichkeit aus § 812 B.G.B. nach den oben geschilderten Grundsätzen, da sich diese Rechtslage dem oben aufgezeigten Schema über das Fehlen eines die Wertbewegung erklärenden obligatorischen Grundes eingliedert. Aber der § 817 ist nicht auf diesen Fall anwendbar, in dem eine causa wegen Annahmeverstoßes nicht vorhanden ist.[3]) Hierzu reicht die allgemeine Bestimmung des § 812 B. G. B. aus.

Er greift vielmehr als eine Sonderbestimmung aus dem Gebiet der ungerechtfertigten Bereicherung ein, wenn das der Leistung zu Grunde liegende Schuldverhältnis gültig ist, eine Leistung aus ihm also wirksam erfolgen kann und gerechtfertigt wird. Die obligatorische Beziehung läßt also das Gesetz ganz außer Betracht. Ein Anspruch wird direkt, ohne erst die causa für nichtig zu erklären, deshalb gegeben, da grade die Annahme der Leistung, oder im Fall des Satzes 2, deren Hingabe gegen die guten Sitten verstößt, da

---

[1]) Jung Bereicherungsansprüche S. 115.

[2]) So Hagen a. a. O. S. 27, Plank § 817 I, Rindfleisch a. a. O. S. 20, Staudinger § 817 2 a, R. G. E. 64, 148.

[3]) Plank Anm. 817 2 b, Oertmann § 817 4 b 3, R. G. R. Komm. § 817 Anm. 1 c.

grade erst damit Absichten und Erwartungen verbunden sind, die dieser Vermögensbewegung jenen unsittlichen Charakter geben.[1]) So ist es auch bei gegenseitigen Verträgen möglich, daß, obwohl der ganze Vertrag wegen Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig ist, doch nur der eine Teil durch die Annahme der ihm aus dem Vertrag zustehenden Leistung gegen die guten Sitten verstößt.[2])

Ein viel genanntes Beispiel ist die Hingabe von Trinkgeldern an einen Beamten, damit dieser eine zu seinen Amtspflichten gehörende Handlung vornimmt. In diesem Fall liegt der Hingabe eine Schenkung zu Grunde, die diese rechtfertigt. Lediglich die Annahme der Leistung seitens des Beamten verstößt gegen ein gesetzliches Verbot und zugleich die guten Sitten. Weitere Beispiele sind das Geben von Schmier- und Bestechungsgeldern, von Kuppelgeschenken usw. In diesen letzten Fällen hat der Leistende ebenfalls wegen der an die Leistung geknüpften Erwartungen verwerflich gehandelt, so daß gemäß § 817, 2 B. G. B. eine Rückforderung nicht Platz greifen soll.

Diese selbständige Bedeutung des § 817 B. G. B. bildet den eigentlichsten Fall seiner Anwendung. Er stellt sich dann als ein „besonderes Rechtsmittel" dar[3]), durch das eine gültige causa ihrer regelmäßigen Wirkung, schuldrechtliche Unterlage für eine Wertbewegung zu sein, beraubt wird. Wegen des besonders gelagerten Verstoßes der Beteiligten wird eine Rückforderung gegeben, die sich aus § 812 nicht herleiten läßt. Dies wird auch allgemein anerkannt.[4])

Damit ist festzustellen, daß § 817 B. G. B. grade auf die Fälle zugeschnitten ist, in denen § 812 keine Abhilfe schaffen kann, also nur dann anwendbar ist, wenn zwar eine gültige schuldrechtliche Unterlage die eingetretene Güterbewegung rechtfertigt, die diese Leistungen begleitenden Zweckbestimmungen jedoch unsittlicher Natur und verpönt sind. Für diesen Sonderfall, der von § 812 B.G.B. nicht gedeckt wird, gestattet § 817, wenn auf beiden Seiten, sowohl des Leistenden wie auch des Empfangenden unsittliche Bestimmungsgründe vorgelegen haben, ein Abwägen des beiderseitigen Verschuldens, ohne daß die causa zu einer einseitigen gemacht zu werden braucht.

Folgt man dieser Ansicht, die besonders von Jung (Bereicherungsansprüche S. 116, Stammler S. 757) vertreten wird, so macht auch die weitere Behandlung der Ausschlußklausel, die in § 817, 2 B. G. B. geregelt ist, keine Schwierigkeiten. Denn es handelt sich hier um eine einheitliche und in sich geschlossene Sondervorschrift,

---

[1]) So Jung in Stammler S. 116.

[2]) R. G. in Warn. Rspr. 09 Nr. 19, Recht 08 Nr. 3412, 11 Nr. 1930.

[3]) Jung Bereicherungsansprüche S. 116.

[4]) Crome § 322, Erlanger a. a. O. S. 56, Dernburg § 379 III, Jacobi in Jher. Jb. 41, 93, Matthießen S. 923 ff., Oertmann § 817 4 b/3, Planck § 817 1 u. 2, Staudinger § 817, 6, Warneyer § 817 Anm. 1 R. G. R. Komm. § 817, 1 R. G. E. 96, 354; in Seuff. Arch. 49, 114; in Warn. Rechtsspr. 17 Nr. 202.

eine lex specialis auf dem Gebiet der Bereicherungsansprüche, die ohne diese ausdrückliche Regelung gar nicht zu den Bereicherungstatbeständen gehören würde. Rein begrifflich muß demnach schon die Ausdehnung dieses Rückforderungsausschlusses über das Gebiet des § 817 B. G. B. hinaus als eines selbstverständlichen Rechtsmittels für das gesamte Gebiet der Bereicherungsansprüche, wie ihn Literatur und Rechtsprechung heute noch größtenteils anwenden, unmöglich sein. Alle Unbilligkeiten, die die herrschende Lehre infolge dieser Ausdehnung heute noch auf sich nehmen muß, werden bei richtiger Anwendung der Ausschlußklausel vermieden.

c) Sittenverstoß zeigt sich in der Zweckbestimmung, also der subjektiven Seite.

Wir wir oben gesehen haben, verlangt § 138 B. G. B. zu seiner Anwendbarkeit einen Verstoß des Gesamtcharakters eines Rechtsgeschäftes nach seinen objektiven und subjektiven Momenten. Dies ist bei § 817 B. G. B. nicht Voraussetzung, mag es auch öfters zusammenfallen. Entscheidend ist lediglich die subjektive Seite, die sich in der Zweckbestimmung einer Leistung auswirkt.

Auch hier bei § 817 B. G. B. genügt das Vorhandensein bloßer unsittlicher Beweggründe allein nicht, um die Zweckbestimmung zu einer unsittlichen zu stempeln.[1]) Bei der Abgrenzung der subjektiven Seite sind also ähnliche Gesichtspunkte wie bei § 138 maßgebend: Es kommt auf den unmittelbaren Zweck der Leistung an, der durch die bei den Parteien herrschenden Motive in das rechte Licht gesetzt werden kann. Dann genügt zur Anwendung des § 817 aber auch die Unsittlichkeit des Hauptzwecks einer Leistung, wobei es unerheblich ist, ob der Zweck bei der Leistung vereinbart wurde oder ob die Leistung zur Erfüllung einer vorher erfolgten Vereinbarung gemacht ist.[2])

Als subjektives Tatbestandsmerkmal muß weiter hinzukommen, daß der Empfänger bzw. der Leistende den Zweck der Leistung, also die darin zum Ausdruck kommende Unsittlichkeit gekannt hat.[3]) Ebenso wie bei § 138 ist es in der Literatur lebhaft bestritten, ob der betreffenden Partei dieser Verstoß zum Bewußtsein gekommen sein muß. Die herrschende Ansicht schwankte früher zwischen Verstößen gegen Verbotsgesetze und gegen solche der Sittlichkeit hin und her, indem sie nur für die erstere Gattung das Bewußtsein forderte. Heute geht diese Lehre einheitlich mit Rücksicht auf den

---

[1]) Planck § 817, 2, Staudinger § 817, 2ba, R. G. E. 63, 350; 67, 325; O. L. G. Dresden in Seuff. Arch. 59, 81.

[2]) Planck § 817, 1b, R. G. E. Komm. § 817, 1c, Staudinger § 817, 2bg, R. G. E. 89, 67.

[3]) Enneccerus I, 2 S. 649 Anm. 3, Hagen a. a. O. S. 38, Matthias a. a. O. S. 422, v. Mayr S. 576, Staudinger § 817, 2bg.

in dieser Vorschrift sich angeblich zeigenden Strafcharakter dahin, dieses Bewußtsein zu fordern.[1])

Eine rein äußere Gegenüberstellung der §§ 138 und 817 B.G.B. ergibt also folgendes Bild: Gemeinsam ist beiden Vorschriften der Vorstoß gegen die guten Sitten. Verschieden ist jedoch bei beiden, worin der Verstoß gegen die guten Sitten liegt. Bei § 138 muß es der Gesamtcharakter des Rechtsgeschäfts sein, der Inhalt also, der durch Zweck und Motiv in das rechte Licht gesetzt wird, wie die Motive sagen. Bei § 817 dagegen kommt es lediglich auf den unmittelbaren Zweck der Leistung an, es wird also auf die Gesinnung der Beteiligten abgestellt (vergl. die Motive[2]): „die verwerfliche Gesinnung des Empfängers soll getroffen werden").

Aus diesen Feststellungen ergibt sich die Selbständigkeit beider Gesetzesvorschriften. Man kann nicht sagen, daß § 817 völlig überflüssig sei, da er in allen seinen Teilen eine bloße Wiederholung des § 138 darstelle.[3]) Die Schriftsteller, die das gegen die guten Sitten verstoßende Rechtsgeschäft schlechthin dem Rechtsgeschäft mit Annahme- bzw. Leistungsverstoß gleichstellen, verkennen die oben aufgezeigten Verschiedenheiten im Tatbestand dieser Gesetzesbestimmungen.

C.
Gegenüberstellung der beiden Gesetzesvorschriften:

Entwicklung des Problems in Fällen, die die Tatbestandsmerkmale beider Bestimmungen in sich vereinigen.

Bei den bisherigen Untersuchungen der §§ 138 und 817 B. G. B. ist davon ausgegangen, welche Momente beide Gesetzesbestimmungen gemeinsam haben und wodurch sich diese andererseits wieder unterscheiden. Dabei sind wir zu dem Ergebnis gekommen, daß es Rechtsgeschäfte gibt, deren Gesamtcharakter nicht gegen § 138 verstößt und bei denen trotzdem § 817 Anwendung findet wegen der der Leistung zu Grunde liegenden unsittlichen Zweckbestimmung, ebenso wie auch der umgekehrte Fall denkbar ist.

Anders wird die Rechtslage erst dann, wenn man von diesen Verschiedenheiten absieht und den Fall setzt, daß ein Rechtsgeschäft sowohl gegen § 138 verstößt, wie auch infolge seiner Zweckbestimmung die Anwendbarkeit des § 817 gegeben ist.

Allem Anschein nach taucht zwischen diesen beiden Gesetzesbestimmungen ein „unvereinbarer Widerspruch" auf. Man müßte

[1]) Crome § 322 I, 1a, Planck § 817, 2a R. G. R. Komm. § 817, 1b sowie Rspr. des R. G., vergl. E. 105, 272. Warneyer § 817, I unterscheidet zwischen einseitigem Empfangsverstoß und beiderseitigem Verstoß. Nur bei letzterem sei Bewußtsein erforderlich, da Ausschluß als Strafe gedacht sei.

[2]) Motive Bd 2 S. 849, so auch Warneyer § 817, I R. G. E. in JW. 14 Nr. 834.

[3]) So besonders Dernburg Bd. II, 2 § 379 II, Crome Bd. I S. 374.

dann sagen: Das zwischen den Beteiligten bestehende Rechtsgeschäft ist nichtig. Auf Grund eines nichtigen Rechtsgeschäftes können jedoch wirksame Veränderungen in der Vermögenslage der Beteiligten nicht vorgenommen werden. Jedenfalls ist das auf Grund dieses Geschäftes Geleistete noch nicht wirksam in das Vermögen des andern Beteiligten übergegangen. Es befindet sich vielmehr nach wie vor in dem Rechtsbereich des Ersteren. Dieser könnte die Leistung also mit der rei vindicatio wieder in seinen Machtbereich zurückrufen.

Damit nicht in Einklang zu bringen ist, daß § 817 für den gleichen Fall eine condictio gewährt. Diese setzt, wie oben aufgezeigt, voraus, daß eine Vermögenstransaktion wirksam vorgenommen ist und die Leistung in den Rechtsbereich eines Anderen geraten ist. vidication und condictio würden also für den gleichen Fall gleichberechtigt nebeneinander stehen. Eine derartige Möglichkeit besteht aber nicht, sollte man nicht den Bereicherungsanspruch zu einem allgemeinen „Subsidärbehelf" [1]) herabdrücken. Einer derartigen Ausdehnung ist aber dadurch ein Ende gesetzt, daß bei einer Leistung die damit bezweckte Einwirkung auf die Rechtsbeziehungen der Beteiligten ausgeblieben ist. [2]) Wenn man wegen dieser verschiedenen, regelmäßig einander ausschließenden Rechtsfolgen keinen Fehler in der Redaktion des Gesetzes annehmen will, so ist eine Lösung nur dann möglich, wenn es Rechtsgeschäfte gibt, die sich gegenüber einem Sittenverstoß nach § 138 B. G. B. indifferent verhalten und lediglich wegen der verwerflichen Zweckbestimmung gemäß § 817 eine Bereicherungsfolge offen lassen.

I. Lösung des angeblichen Widerspruchs durch das Institut der abstrakten Rechtsgeschäfte.

a) Allgemeine Vorbetrachtungen.

Eine Lösung dieses Widerspruchs erhalten wir, wenn wir das Leistungsgeschäft, durch welches eine Güterbewegung vollzogen wird, und damit zugleich das Institut der abstrakten Rechtsgeschäfte einer näheren Betrachtung unterziehen, auf deren Folgerungen schon des öfteren Bezug genommen worden ist.

Unser Bürgerliches Gesetzbuch führt eine scharfe, teilweise sogar überspannte [3]) Trennung durch zwischen dem Grundgeschäft, das eine Güterbewegung vorbereitet und verständlich macht, und dem sogen. Leistungsgeschäft, das den Übergang bewirkt.

Ein einfaches Beispiel aus dem täglichen Leben mag dies näher erklären: Bei einem Kaufvertrag lassen sich zwei verschiedene, einander gegenüberstehende Erklärungen unterscheiden.

[1]) Jung Bereicherungsansprüche S. 133, Warn. Rspr. 1920 Nr. 160; JW. 1926. 1787.

[2]) Jung a a. O.

[3]) So mit Recht: Jung in Stammler S. 789, bezüglich der Abstraktheit auch der Forderungsabtretung.

Beide Beteiligten versprechen sich gegenseitig eine Leistung: Der Käufer Zahlung des Kaufpreises und Abnahme, der Verkäufer Übergabe der Sache und Eigentumsverschaffung daran. Beiden Beteiligten ist die Leistung, die ihnen die Gegenseite verspricht, wichtiger als das, was sie selbst dafür hinzugeben haben, und dies natürlich aus den verschiedensten Gründen.

Dies gegenseitige Versprechen (das Grundgeschäft) wickelt sich dann ab durch den Vollzug der Leistung, das sogen. Leistungsgeschäft. Notwendiges Erfordernis dafür ist nur zweierlei: Im Verhältnis der Beteiligten zueinander deren Willenseinigung über die Änderung des Vermögenszustandes und nach außen hin dessen Herbeiführung durch äußere Vorgänge.

In der Literatur ist nun ein heftiger Streit darüber entbrannt, inwieweit ein derartiges abstraktes Leistungsgeschäft ebenfalls von der Unsittlichkeit und deshalb Nichtigkeit des Grundgeschäfts ergriffen werden kann. Es kann nicht Aufgabe der vorliegenden Arbeit sein, die darüber in der Literatur entstandenen vielseitigen Ansichten und deren Begründungen erschöpfend wiederzugeben. Es soll lediglich der Versuch gemacht werden, eine Übersicht darüber zu bringen.

Man kann im großen und ganzen drei große Gruppen von Schriftstellern unterscheiden, je nachdem diese ganz allgemein Nichtigkeit des abstrakten Geschäfts annehmen, eine Scheidung in solche des Sachen- und Schuldrechts vornehmen oder endlich unter gewissen Voraussetzungen oder ganz allgemein die Gültigkeit des abstrakten Geschäfts trotz Unsittlichkeit des Grundgeschäfts bejahen.

Eine Klärung dieses Zwiespalts läßt sich nur durch eine genaue Kenntnis des abstrakten Geschäfts erreichen. Über Inhalt und Wahl dieser Ausdrücke „Abstraktion" und „Kausalgeschäft" hat lange Zeit Streit geherrscht.[1]) Auch hier würde es zu weit führen, auf die zahlreichen geschichtlichen, einander widersprechenden Definitionen einzugehen. Allein der Begriff der causa hat in der Literatur etwa 8 bis 10 Lösungen erfahren.[2]) Es sei auch bemerkt, daß einige Schriftsteller[3]) den Begriff der causa und somit auch den einer Losgelöstheit von dieser causa ganz leugnen und dafür den Begriff eines „Grundgeschäfts" aufstellen, dem alle anderen Geschäfte als „Hilfsgeschäfte" untergeordnet werden.

b) Geschichtliche Entwicklung des abstrakten Rechtsgeschäfts.

Das Institut des abstrakten Vertrages stammt aus dem römischen Recht und gibt uns die Möglichkeit, die Entwicklung des römischen Rechts- und Wirtschaftslebens zu verfolgen.[4])

---

[1]) So a. a. O. S. 238 ff., Jhering Geist d. röm. R. S. 55.

[2]) Jung Bereicherungsansprüche S. 18.

[3]) Stampe: Kausaproblem des Zivil R., ähnlich Rümelin a.a.O. S.169 ff., auch Kindel, a. a. O., der die Möglichkeit einer Abstraktion bestreitet.

[4]) Vergl. Erlanger a. a. O. S. 13 ff. und Jakoby a. a. O. S. 11 ff. dazu.

Wie schon zu Anfang ausgesprochen, war das römische Recht auf sakraler Grundlage aufgebaut. Sämtliche Rechtshandlungen bewegten sich (wie in jeder älteren Rechtsordnung, so auch im alten deutschen Recht [1]) in feierlichen, nach außen gekehrten Formen. [2]) So wurden sie in der Öffentlichkeit und vor mehreren Zeugen vernommen und hatten dann Gültigkeit, wenn diese äußeren Formalitäten innegehalten wurden, ohne Rücksicht auf etwaige Billigkeit. Unter den Deckformen dieser alten Geschäftstypen wurden dann auch in dem entwickelteren Wirtschaftssystem des römischen Reichs die verschiedenartigsten Rechtsgeschäfte abgeschlossen. Alle waren abstrakt, so die mancipation, in jure cessio, stipulatio und andere mehr. [3]) An diesen Rechtsformen wurde auch festgehalten, als sich der Güterverkehr im Laufe der Zeit immer mehr entwickelte. Es zeigte sich nämlich eine große Sicherheit und auch Bequemlichkeit für den Verkehr, da es für die Gültigkeit einer Wertbewegung lediglich auf die Innehaltung der alten Formen ankam, die teilweise gar nicht mehr verstanden wurden.

Bei der Rezeption des römischen Rechts wurden diese Rechtsformeln, die schon im späteren römischen Recht teilweise veraltet waren, kaum mit übernommen und verkümmerten in der Folgezeit noch mehr. Die übernommene stipulatio z. B. wurde von den gemeinrechtlichen Praktikern ihrer Eigentümlichkeit beraubt und durch einen formlosen Vertrag ersetzt.

Die Zeit des sich entwickelnden Handelsverkehrs konnte aber ohne die erleichternden Formen der abstrakten Rechtsgeschäfte nicht mehr auskommen. So führte das Bedürfnis zur Entwicklung der klaren und sicheren Handelspapiere, insbesondere des kaufmännischen Verpflichtungsscheins und des Wechsels. Für die Wissenschaft rief dann bahnbrechend die Schrift von Bähr (Anerkennung als Verpflichtungsgrund, 1855) das abstrakte Rechtsgeschäft in das Leben zurück. An diese Schrift knüpfte ein lebhafter Streit an, in dem sie sich stark auswirkte, wenn sie auch nicht in allen Punkten geteilt wurde.

Demzufolge wurde auch das abstrakte Rechtsgeschäft in die Systematik des B. G. B.s übernommen, und zwar ohne nähere Begründung, eben um einem praktischen Bedürfnis zu genügen. [4]) Im B. G. B. finden wir den abstrakten Vertrag sowohl im Schuld- wie im Sachenrecht, und zwar im ersteren verstreut in einzelnen Bestimmungen (so im §§ 780 = Schuldversprechen, 781 = Schuldanerkenntnis, 397 = Erlaß, 398 = Abtretung usw.).

Das Hauptgebiet der abstrakten Verträge finden wir jedoch im Sachenrecht, wo es sich um eine dingliche Rechtsübertragung handelt. Alle diese Übertragungsakte sind notwendig abstrakt. Zwar war im Entwurf I in den §§ 829, 874 ausdrücklich bestimmt,

[1]) Klingmüller, Rechtsgrund S. 51 ff.
[2]) Dernburg a. a. O. I S. 221 sagt: Sie haben „dramatischen Charakter".
[3]) Vergl. dazu Sohm a. a. O. S. 369.
[4]) Mot. Bd. II S. 688 u. 690.

daß zur Wirksamkeit eines dinglichen Vertrages die Aufnahme des Schuldgrundes nicht erforderlich sei. Bei den Vorschriften über die dingliche Übertragung (§§ 929, 873 B. G. B.) ist aber der Grund der Übertragung nicht genannt, also nicht Voraussetzung der Gültigkeit der Übertragung.

c) Wesen der Abstraktion.

1. Motiv- und Kausaproblem beim Grundgeschäft.

Einheitlich ist bei allen abstrakten Rechtsgeschäften der gemeinsame Zweck, der dadurch erreicht werden soll: Klarheit und Sicherheit der Eigentumsverhältnisse nach außen hin zu gewährleisten. [1]) Hierbei ist lediglich der Zustand der absoluten Rechte zu betrachten: es kommt darauf an, ob ein bestimmtes Vermögensstück in die Rechtsmacht dieses oder jenes Beteiligten fällt und dies soll unabhängig sein von den zwischen ihnen herrschenden „Sonderverbindungen".

Erreicht wird dies dadurch, daß es zur Übertragung eines Rechts, demnach zur Geltendmachung des erworbenen Rechtes nicht mehr auf das Zurückgehen auf die Sonderbeziehungen, das Grundgeschäft ankommt. Dies spielt möglicherweise erst bei einer späteren Betrachtung unter dem Gesichtspunkt der ungerechtfertigten Bereicherung eine Rolle. Ein weiterer Vorteil neben dieser Beweiserleichterung ist der, daß mit Rücksicht auf diese äußere Offenkundigkeit der Rechtslage erst der Verkehr der Sachgüter erleichtert wird, vor allem der gutgläubige Erwerb durch Dritte.

Zum näheren Verständnis ist von der Ruhelage der Beziehungen zwischen den Beteiligten auszugehen. Jedes rechtliche Geschehen beruht auf einer Veränderung dieser Ruhelage. Diese hat ihren Grund in „Spannungsverhältnissen" [2]) zwischen den Beteiligten, die durch eine Sonderverbindung zum Zweck einer Veränderung der bestehenden Wertverteilung hervorgerufen werden.

Damit kommen wir zu den Gründen, die von den Beteiligten aus die beabsichtigte Wertverschiebung motivieren, nämlich zu den unendlich mannigfachen Zweckmäßigkeitsvorstellungen [3]), die beide Parteien mit der Änderung der Ruhelage bezüglich der daraus für sie selbst entstehenden Rechtslage verbinden. Ohne eine derartige Vorstellung wäre eine Änderung in der Vermögenslage psychologisch ein Unding und völlig undenkbar. [4])

Geht man den von den Parteien mit dem Abschluß des Grundgeschäfts verfolgten Vorstellungen nach, so gerät man in das Gebiet der Psychologie. [5]) Diese bewertet die einzelnen Vorgänge, die sich

[1]) Jung, Bereicherungsansprüche S. 36, in Stammler S. 790, Leonhard S. 348.
[2]) Jung Bereicherungsansprüche S. 36.
[3]) Leonhard S. 382 ff.
[4]) So Planck, Vorbem. III 2 zu §§ 104 ff.
[5]) Jung Bereicherungsansprüche S. 68 ff.

in dem Inneren eines jeden Menschen abspielen, nicht selbständig, sondern faßt sie als einheitlichen Komplex auf. Innerhalb dieses Komplexes könnte man vielleicht noch trennen in diejenigen mit der Zweckbestimmung der Partei verbundenen Momente, die diese vor Abschluß des betr. Geschäfts erkennen konnte, und andererseits in bloße Erwartungen und Hoffnungen, die sie für die Zukunft mit der Änderung des rechtlichen Zustands verknüpft hat und die deshalb mehr oder weniger spekulativen Charakter tragen. In dieses selbe Gebiet gehören auch die inneren Beziehungen der Beteiligten zueinander, die diese zum Geschäftsabschluß bewogen haben, wie Liebe, Freundschaft, Haß usw. Diese Gebiete mögen für einen Psychologen recht aufschlußreich sein. Im Gegensatz dazu sieht „die Jurisprudenz vieles als vollkommen unerheblich an, was der Psychologie wesentlich erscheint". [1])

Die Rechtsordnung scheidet deshalb aus diesem gewaltigen Gebiet der psychologisch einheitlichen Zweckbestimmungen ein großes Teil als rechtlich unbeachtlich aus, nämlich die sogen. Motive, die die Parteien zum Geschäftsabschluß geführt haben (ausgenommen in den vom Gesetzgeber besonders hervorgehobenen Stellen, den §§ 119, 2, 123, 1949, 2078 B. G. B.). Übrig bleibt nach dieser Ausscheidung die allein rechtlich interessierende causa oder der Rechtsgrund, der bei jedem Rechtsgeschäft ist. Den Ausdruck „Rechtsgrund" gebraucht das Gesetz im § 812 B. G. B., ohne eine Definition dafür zu geben. [2]) Man wird die Unterscheidung dahin zu treffen haben, daß für die Rechtsordnung nur diejenigen Zweckbestimmungen Beachtung verdienen, die nach außen hervortreten und der Kontrolle dritter Personen zugänglich sind. [3])

Als rechtlich nicht von Belang zu entfernen sind demnach die subjektiven Beweggründe der Parteien, aus denen heraus das Rechtsgeschäft vorgenommen wird. Diese sind für die juristische Charakteristik des Geschäfts völlig unerheblich. Als rechtlich bedeutsam bleibt demnach nur der objektive, typische, den einzelnen Güterbewegungsvorgang kennzeichnende Schuldgrund [4]) übrig, der nicht in einer inneren Bestimmung der Parteien beruht; daß mit der von den Beteilgiten vorzunehmenden Wertbewegung auch eine Änderung in den rechtlichen Beziehungen der beiden zueinander vorgenommen werden soll. Dies ist der unmittelbare rechtliche

---

[1]) Jhering Geist d. röm. R. Bd. 3 S. 210, Klingmüller Rechtsgrund S. 31.

[2]) Im älteren römischen Recht wurde eine derartige Scheidung in causa und Motiv noch nicht durchgeführt, sie beruht erst auf einer späteren Rechtsentwicklung. Die Protokolle der II. Komm. Bd. 2 S. 689 sagen dazu: Eine Leistung, deren Zweck nichtig oder nicht zustande gekommen sei oder später wegfalle, entbehre des Rechtsgrundes und könne nicht aufrecht erhalten werden. Eine Erklärung wird damit aber auch nicht gegeben.

[3]) Vergl. Mot. II S. 3, Bähr a. a. O. S. 127, Enneccerus I, 1 S. 362, Ferge a. a. O. S. 63, Goldmann-Lilienthal S. 130, Leonhard, R. Allg. Teil S. 264, Klingmüller Rechtsgrnnd S. 8 ff., 116 ff., v. Mayr a. a. O. S. 421, Planck Vorbem. VII, 2 vor § 104 Staudinger Anm. VI F vor §§ 104 ff.

[4]) Jung Bereicherungsansprüche S. 66 ff.

Zweck, aus dem die Leistung überhaupt vorgenommen wird, oder der Rechtsgrund schlechthin. Dieser Rechtsgrund = causa kann nun in wirtschaftlicher Hinsicht ein sehr verschiedener sein. Auf Grund des römischen Rechts ist die bekannte Einteilung getroffen worden, die auch heute noch Geltung hat, in causa donandi, — credendi und — solvendi (Schenkung, Rechtserwerb und Schuldtilgung). [1])

2. Künstliche Abtrennung des Leistungsgeschäfts.

Die Frage ist nun, inwieweit die Wertbewegung mit dem Grundgeschäft, in dem sie ihre Veranlassung findet, weiterhin verknüpft ist.

Dabei sind die Rechtsordnungen der verschiedenen Länder verschiedene Wege gegangen. Teilweise ist auch das Rechtsgeschäft, durch welches die Leistung bewirkt wurde (Leistungsgeschäft), mit dem Grundgeschäft derartig eng verbunden worden, daß die Wirksamkeit des ersteren nicht ohne die des letzteren eintritt. Eine engere Verbindung kann man sich wohl kaum denken. Einen derartigen Versuch hat das französische Recht teilweise unternommen.[2])

Unsere Rechtsprechung hat andere Wege beschritten und eine scharfe Trennung zwischen dem Grund- und Leistungsgeschäft vollzogen. Außer den Motiven ist dazu auch die causa ausgeschieden, so daß eine Wertbewegung wirksam wird, ohne daß von rechtlicher Bedeutung ist, was die Parteien damit bezweckten. Erforderlich zur Gültigkeit sind lediglich die auf die Wertbewegung gerichteten Willenserklärungen der Parteien, die sich demnach als gänzlich „farblose Gebilde" [3]) darstellen. Weiter sind dazu gewisse äußere Vorgänge erforderlich, durch die die Transaktion vollzogen wird. Ein derartig abstraktes Leistungsgeschäft ist deshalb immer ein „künstliches Erzeugnis" [4]) des positiven Rechts, durch das die causa einer Wertbewegung in die Rolle eines unbeachtlichen Motivs zurückgedrängt wird. Seine Wirkung ist, wie schon zu Anfang erwähnt, eine Besserstellung des Gläubigers, vor allem für den Beweis. Treffend bemerkt Jung [5]) dazu: „Die absolute Rechtslage eines jeden ist für alle Rechtsgenossen von Wichtigkeit, weil die Gesamtheit seiner Zustandsrechte passiv den Gegenwert für seine Verpflichtung bildet und aktiv gegen jeden Störer latente Ansprüche enthält; darum soll die Vermögenszugehörigkeit der Zustandsrechte

[1]) Vergl. Planck Vorbem. vor § 104 VII, 2, Leonhard S. 348.
[2]) Jung, Bereicherungsansprüche S. 57, Leonhard S. 389.
[3]) Leonhard S. 390.
[4]) Matthias a. a. O. S. 118, Neubecker a. a. O. S. 74, Steinbach a. a. O. S. 12 ff., Rümelin Schuldversprechen S. 275 ff., zu weit Bähr a. a. O., der Abstraktion auf den Willen, sich abstrakt zu verpflichten zurückführt; dagegen auch, da eine „Überreizung der Willensmacht", Endemann, Lehrbuch S. 108.
[5]) Jung, Bereicherungsansprüche S. 131.

nicht von für Dritte nicht erkennbaren Wertbewegungsvorgängen beeinflußt, sondern an gewisse äußere Kriterien, Besitzübergabe usw. geknüpft sein". Es soll also bei dieser Frage nicht den einzelnen, mit der Wertbewegung zusammenhängenden schuldrechtlichen Beziehungen nachgeforscht zu werden brauchen.

3. Einheitlicher Artzweck aller abstrakten Rechtsgeschäfte.

Erreicht wird durch jede Abstraktion immer, daß ein an sich in wirtschaftlichem Sinne einheitliches Vermögensgeschäft in zwei scharf voneinander abzugrenzende Teile zerlegt wird, von denen der eine, das Kausalgeschäft, durch einen tiefergehenden Eingriff der Rechtsordnung rechtlich unbeachtlich wird.[1]) Inhalt des Leistungsgeschäfts ist nur der Wille, Eigentum zu übertragen, Schuldner zu werden usw. mit der dazu gehörigen Kenntlichmachung nach außen.

Mit dieser Trennung ist natürlich nicht, wie des öfteren betont, jede Verbindung zwischen dem Leistunggeschäft und dem Grundgeschäft auf alle Zeiten gelöst. Denn es ist absolut unmöglich, eine Leistung so zu bewirken, daß nach ihrem Grunde nicht solle gefragt werden dürfen.[2]) Erst in den Sonderbeziehungen erhält die stattgefundene Wertbewegung, grade auch in wirtschaftlicher Hinsicht, ihre notwendige Erklärung und Ergänzung. Diese müssen sie rechtfertigen, sonst ist die eingetretene Vermögensverteilung völlig unbillig. Erreicht wird deshalb letzten Endes nur eine Verkehrserleichterung unter Drittenschutz, aber die spätere Überprüfbarkeit bleibt vorbehalten.[3])

II. Ergebnis der Untersuchung über Sittenwidrigkeit und Abstraktion:

a) Das Leistungsgeschäft wird grundsätzlich nicht von der Unsittlichkeit und deshalb Nichtigkeit des Grundgeschäfts ergriffen.

Mit dieser Erläuterung des Wesens der Abstraktion haben wir noch ein weiteres gewonnen:

Bei der Besprechung des § 138 B. G. B. sahen wir, daß ein Rechtsgeschäft seinem Gesamtcharakter nach, der sich aus objektiven und subjektiven Momenten zusammensetzt, gegen die guten Sitten verstoßen muß. Das Leistungsgeschäft als abstraktes Rechts-

[1]) Crome a. a. O. Bd. 1 S. 331, Bd. 3 S. 1001, Planck § 873, III 7 b, R. G. E. 57, 95.

[2]) Kipp: Parteiwille unter der Herrschaft des deutschen bürgerlichen Gesetzbuchs 1899 S. 10—11.

[3]) Enneccerus I, 1 § 139 S. 363 ff., Jung in Stammler S. 790, Planck: Vorbem. zu § 104 B. G. B. Anm. VII, 2 Staudinger § 873 B II c, Reichsgerichtsrätekommentar § 125 1 c, R. G. E. 75, 74.

geschäft ist nun ein völlig farbloses Gebilde, bei dem infolge positiven Rechtssatzes ohne Rücksicht auf die Zweckbestimmung der Parteien sich eine Wertbewegung zwischen den Parteien vollzieht. Was dazu erforderlich ist, haben wir vorstehend gesehen: Lediglich eine auf Eigentumsübergang, Schuldbegründung usw. gerichtete Willenserklärung, daneben ein äußerer Vorgang. Alles übrige ist vom Gesetz vorläufig abgetrennt, eben um die Wertbewegung damit nicht in Zusammenhang zu bringen.

Denn wie uns die geschichtliche Entwicklung und die Untersuchung über das Wesen der Abstraktion gezeigt haben, begnügt sich die Rechtsordnung mit einer stereotypen Erklärung, die, nur für sich betrachtet, psychologisch unverständlich ist, aber, wie wir gesehen haben, den Standpunkt eines hochentwickelten Rechts kennzeichnet, mag sie auch sich aus formalistischen Formen einer niedrigen Rechtsstufe herausentwickelt haben.

Nur in dem, was das Gesetz ausgeschieden hat, nämlich der causa, kann ein Verstoß gegen die guten Sitten enthalten sein. Wie Ihering [1]) zutreffend bemerkt, ist es grade die causa, in dem der Krankheitsstoff enthalten ist. Diese ist nun kraft gesetzlicher Vorschrift ausgeschieden und kann deshalb das abstrakte Erfüllungsgeschäft nicht mehr infizieren.

Mag auch das Erfüllungsgeschäft wie jedes andere Rechtsgeschäft sein Motiv besitzen, eben in Form der ausgeschiedenen causa, so genügt diese allein nicht, um das Geschäft zu einem sittenwidrigen zu machen. Es soll dabei ganz davon abgesehen werden, daß die Ausscheidung der causa eben nur zu dem Zweck erfolgt ist, die Gültigkeit des Leistungsgeschäfts von ihrem Bestehen unabhängig zu machen. Es fehlt aber dann immer noch an den objektiven Erfordernissen, der Sittenwidrigkeit des Inhalts. Denn die zwischen Grundgeschäft und Leistungsgeschäft bestehende Verbindungslinie, die Zweckvorstellung der Parteien, ist ebenso wie deren übrige Erwägungen rechtlich bedeutungslos. Zur Gültigkeit bedarf es lediglich der schon des öfteren erwähnten Voraussetzungen, die an sich indifferent sind. Alles übrige bewegt sich auf dem Gebiete des Motivs. Wie wir oben gesehen haben, ist aber die Ansicht, allein das Motiv (ohne Zweckvorstellung und Inhalt) stempele das Geschäft zu einem sittenwidrigen, völlig unhaltbar. Sie wird meines Wissens in dieser Form von der Literatur auch nicht vertreten.

Als Regel können wir deshalb den Grundsatz aufstellen, daß das Leistungsgeschäft wegen seines abstrakten Charakters von der Unsittlichkeit und Nichtigkeit des Grundgeschäfts nicht ergriffen wird. Darüber, daß es von diesem Grundsatz wie bei jeder Regel Ausnahmen gibt, vergl. die Ausführungen unten auf S. 40. Diese Ansicht wird auch von der herrschenden Lehre gebilligt, so Cohn [2]),

[1]) Geist des röm. Rechts S. 214.
[2]) D. J. Z 04 S. 854 ff.

Collatz [1]), Enneccerus [2]), Jacoby [3]), Jung [4]), Leonhard [5]), Matthias [6]), von Mayr [7]), Oertmann [8]), Philipp [9]), Planck [10]), R. G. R. Komm. [11]) sowie die ständige Rechtsprechung des Reichsgerichts [12]). (Vergl. dazu die weitere Literaturangabe auf S. 60, Anm. 2, insbes. R. G.-Entsch.)

Zu diesem Ergebnis sind wir auf Grund der Untersuchungen über das Wesen der Abstraktion sowie der Stellung des § 817 B.G.B,. der uns zuerst auf diesen Widerspruch aufmerksam machte, gelangt. Grade diese letzte Vorschrift gibt uns eine Bestätigung unserer Ansicht, da ihr Vorhandensein sonst völlig unerklärlich wäre. [13])

b) Stellung zu den von der Wissenschaft und Rechtsprechung vertretenen Ansichten.

1. Grundsätzliche Nichtigkeit des abstrakten Rechtsgeschäfts auf allen Rechtsgebieten.

Die oben erwähnte, in der Literatur veraltete und besonders von Dernburg, Neubecker und Lotmar begründete Ansicht, die ganz gleichmäßig die Nichtigkeit aller abstrakten Akte bei Unsittlichkeit des zu Grunde liegenden Kausalgeschäfts annimmt, setzt sich mit den beiden vorher behandelten Gegenargumenten dann auch in schwersten Widerspruch.

Diese Schriftsteller gehen davon aus, daß die abstrakte Natur des dinglichen Geschäfts nicht so weit getrieben werden dürfe, daß das obligatorische Grundgeschäft völlig einflußlos sei. Dessen Loslösung beruhe auf dem Gebiet privaten Willens. Davon könne nicht abhängig gemacht werden, ob eine Handlung unsittlich, also ethisch verwerflich und damit dem öffentlichen Wohl zuwiderlaufend sei.[14]) Alle Verfügungen auf Grund unsittlicher causa seien deshalb grundsätzlich nichtig. Das gelte auch für die abstrakten Verpflichtungen, denn es dürfe von dem zufälligen Umstand, ob die causa in den Schuldsein aufgenommen sei oder nicht, die Gültigkeit eines Rechts-

---

[1]) In Jher. Jb. 40 S. 141.
[2]) § 446 S. 649 Anm. 1 b u. 2 nebst Verweisungen.
[3]) Jher. Jb. 41 S. 94.
[4]) Jung in Stammler S. 933 ff.
[5]) A. a. O. S. 485.
[6]) I S. 703.
[7]) S. 681 ff.
[8]) § 817, 6 u. in D. J. Z. 02 S. 105 ff.
[9]) In Bayr. Z. 05 S. 401 ff.
[10]) § 817 2 b auch Reichel in D. J. Z. 02 S. 109 ff.
[11]) § 817 I.
[12]) R. G. E. 63, 179; 93, 221; 104, 103; 109, 102; 111 246; Warn. Rspr. 1912 Nr. 243; 14 Nr. 253; 20 Nr. 147; 21 Nr. 58; JW. 07 S. 548; 13 S. 540; L. Z. 18 S. 1270; Gruch. 59 S. 901.
[13]) So besonders das Reichsgericht in den vorstehend angeführten Entscheidungen.
[14]) So fast wörtlich Dernburg Bd. I § 125, § 127, Bd. II § 379, Bd. III § 64.

geschäfts nicht abhängig gemacht werden. Das Hauptargument dieser Ansicht bildet also immer die private Willkür, in deren Hand die Abstraktion auf allen Rechtsgebieten liege. Demgegenüber sei § 138 B. G. B. die Grundlage und innerlich allein gerechtfertigte Norm. Sie habe deshalb vorzugehen.

Es ist bereits oben darauf hingewiesen, daß es bei den weitaus zahlreichsten und wichtigsten abstrakten Geschäften, nämlich denen das Sachenrechts, keineswegs in das Belieben der Parteien gesetzt ist, die Abstraktion herbeizuführen. Diese ist vielmehr gesetzlich vorgeschrieben. Für den Hauptfall fällt das Argument dieser Gegner deshalb aus. Andererseits liegt darin eine Verkennung des Wesens der Abstraktion sowie der tatbestandsmäßigen Verschiedenheiten zwischen den §§ 138 und 817 B. G. B.

§ 817 ist nach dieser Lehre natürlich völlig unanwendbar. Entweder ist er völlig sinnlos und hat der grundlegenden Norm des § 138 zu weichen.[1]) Oder aber man degradiert seine Bedeutung dazu herab, ihn zu einer Feststellungsklage zu benutzen und höchstens mit seiner Hilfe den Schuldschein usw. zurückzufordern.[2]) Fürwahr, ein recht merkwürdiges Ergebnis, wie die Vertreter dieser Ansicht[3]) selbst zugeben müssen, das sich mit der klaren Gesetzesbestimmung in völligen Widerspruch setzt. Wir haben oben gezeigt, daß der Schlüssel zum Verstehen beider Vorschriften im Wesen der Abstraktion liegt, der diese Schriftsteller nicht die nötige Würdigung zukommen lassen.

Im Anschluß an Neubecker[4]) gehen auch Klingmüller[5]), Cosack[6]) und ähnlich Rumpf[7]) und Matthießen[8]) im allgemeinen übereinstimmend davon aus, daß auch jedes abstrakte Leistungsgeschäft wie jedes andere Rechtsgeschäft ein Motiv habe. Dieses sei in den hier behandelten Fällen jedoch in dem Grund- oder Kausalgeschäft zu finden, das wegen Sittlichkeitsverstoßes nichtig sei. Wenn aber das Motiv nichtig sei, dann sei es auch das Rechtsgeschäft gemäß § 138.

Ein unsittliches Motiv kann diese Wirkung niemals haben. Es sei gestattet, bezüglich dieser Frage auf die oben, insbesondere S. 32 gemachten Ausführungen zur Vermeidung von Wiederholungen zu verweisen.

---

[1]) So Dernburg a. a. O. u. Neubecker in Arch. bürg. R. 22 S. 34 ff., u. Brütt a. a. O. S. 138.

[2]) Lotmar S. 51 ff., Klingmüller, Rechtsgrund S. 84.

[3]) So ohne nähere Begründung Schreiber in Gruch. Bd. 52 S. 515, Hachenburg Vorträge S. 60, Matthiessen in JW. 1911 S. 923, Werneburg, a. a. O., auch von Mayr S. 177 ff.

[4]) Im Arch. bürg. R. Bd. 22 S. 69.

[5]) In Schuldversprechen S. 163.

[6]) Bd. I S. 223.

[7]) A. a. O. S. 315 ff.

[8]) S. 923.

2. Nur bei solchen des Schuldrechts.

Eine zweite, außer den oben Angeführten insbesondere von Crome und Mitteis u. a. vertretene Hauptgruppe trifft eine Unterscheidung dahin, ob es sich um eine Verpflichtung oder Verfügung, also um ein willkürlich oder notwendig abstraktes Rechtsgeschäft handele. Bezüglich des letzteren stimmen sie der von uns vertretenen Auffassung über die Unberührbarkeit der abstrakten Rechtsgeschäfte zu, da deren Abstraktion im Gesetz selbst geregelt und deshalb üblich sei. Anders verhalte es sich jedoch bei den abstrakten Geschäften des Schuldrechts, insbesondere den Schuldverpflichtungen und Schuldversprechen. Hier stehe es den Parteien grundsätzlich frei, die Verpflichtung kausal oder abstrakt zu begründen. Ein abstraktes Wollen gebe es nicht.[1]) Zudem könne es nicht in die Willkür der Parteien gestellt werden, daß von einem rein zufälligen und äußerlichen Umstand (nämlich: ob kausal oder abstrakt begründet) die Gültigkeit abhängen solle.[2]) Damit sei einer Gesetzesumgehung Tor und Tür geöffnet.[3]) Ein derartiges Verhalten stelle sich als ein actum in fraudem leges dar[4]) und könne deshalb rechtlich keine Beachtung verdienen. Demgegenüber sei § 138 die allein gerechtfertigte Gesetzesbestimmung, die den Vorzug verdiene.[5])

Gegenüber dieser Ansicht ist zu sagen, daß sie lediglich aus ihr passend erscheinenden Zweckmäßigkeitsgründen in das einheitliche Prinzip der Abstraktion eine Bresche schlagen will, die durch nichts gerechtfertigt ist und im Gesetz keine Stütze findet. Wie wir oben aufgezeigt zu haben hoffen, ist das System der Abstraktion ein einheitliches, das sich über die Gebiete des Sachen- und Schuldrechts als erhaben darstellt.[6]) Allein durch gesetzliche Bestimmung ist einem sich gleich bleibenden Mindesterfordernis von Willenserklärungen die Macht gegeben, eine Bewegung in der Vermögenslage herbeizuführen, und zwar einheitlich sowohl für Verfügungen wie auch für schuldrechtliche abstrakte Rechtsgeschäfte.[7]) Für die verschiedenen Formen der abstrakten Verpflichtungen würde auch

---

[1]) So Neubecker a. a. O. S. 74; dies ist allerdings unmöglich (vergl. das gegen Bährs „Willensüberreizung" Gesagte), das Gesetz verleiht nur die Möglichkeit, ein kausales Wollen außer Acht zu lassen.

[2]) Dernburg a. a. O.

[3]) Crome S. 917 ff.

[4]) Mitteis S. 23.

[5]) So außer den oben Genannten Wienstein a. a. O. S. 483.

[6]) Jhering, Geist des röm. R. Bd. III, 1 S. 206 ff. (daß „die Vereinfachung des Tatbestandes durch Ausscheidung des Kausalmomentes allen abstrakten Rechtsgeschäften eigen ist. Es mögen sich im einzelnen noch so viele Unterschiede ergeben zwischen der Einigung und dem Schuldversprechen oder dem Wechsel, über ihnen allen steht immer das gleiche große Prinzip"). So auch Ferge S. 79 ff., Goldmann a. a. O. S. 168, Jung in Stammler S. 688, Rümelin a. a. O. S. 288, v. Tuhr II, 1 S. 193 ff.

[7]) Klingmüller, Schuldversprechen S. 121, Planck § 397 Anm. 7, § 398 Anm. 2, v. Tuhr II, 1 S. 193 ff., II, 2 S. 117 ff.

sonst dadurch in das Gebiet des Schuldrechts eine Trennung hereingebracht, die weder angebracht ist noch sich konstruktiv rechtfertigen läßt. Bei dem Wechsel handelt es sich nämlich lt. gesetzlicher Vorschrift um ein notwendig-abstraktes Rechtsgeschäft, dessen Abstraktheit also keineswegs auf Parteiwillen beruht.

Unverständlich und jeglicher Wirkung beraubt wäre die ausdrückliche Vorschrift des § 817 S. 2, 2. Hälfte. Hierin setzt das Gesetz die Gültigkeit des verpflichtenden Erfüllungsgeschäftes voraus, wenn es deren Rückforderung zuläßt. Diese Folgerung ist nach Wortlaut und Sinn des Gesetzes unabweisbar. [1])

Nach der entgegengesetzten, aber abzulehnenden Ansicht hätte dieses Rückforderungsrecht garnicht gegeben zu werden brauchen, da nach ihr keine gültige Eingehung einer Verbindlichkeit entstanden ist. Wie schon angeführt, will Lotmar [2]) diese Vorschrift deshalb lediglich auf die Rückforderung der Schuldurkunde beziehen. Er selbst muß aber damit zugeben, daß die Ausdrucksweise des Gesetzes „weder glücklich noch üblich sei", was freilich zutrifft auch dann, wenn man der engen Auslegung Lotmars nicht folgt.

Auch bei den schuldrechtlichen Verpflichungen ist von denen abzusehen, bei denen der unsittliche Geschäftszweck grade der Beweisurkunde (Schuldschein, Anerkenntnis usw.) eingefügt wird. Dadurch würde die Schuldverpflichtung zu einer kausalen gemacht und selbst nichtig sein. [3])

Die von einigen Schriftstellern (so Crome [4]), Klingmüller [5]) und Neubecker [6]) herangezogenen §§ 518, 656, 762 B. G. B., in denen ein abstraktes Geschäft wegen Mängeln der causa nichtig ist, können zur allgemeinen Beweisführung nicht angeführt werden. Die obengenannten Gestezesbestimmungen sind typische Ausnahmen, die nicht geeignet sind, eine anders lautende Regel hervorzurufen. Es hätte sonst ihrer ausdrücklichen Erwähnung nicht bedurft, wenn dieses Prinzip schon Gültigkeit gehabt hätte. [7]) Demnach hat das Gesetz das abstrakte Schuldversprechen aus der causa der Spielschuld z. B. durch besondere Bestimmung (§ 762 B. G. B.) der Klagbarkeit beraubt und lediglich für erfüllbar erklärt, während wir vorstehend festgestellt haben, daß grundsätzlich alle anderen aus einer unsittlichen causa entsprungenen abstrakten Verpflichtungen voll wirksam sind.

---

[1]) Eichler S. 10, Oertmann in D.J.Z. 02 R.G.R. Komm. § 817 Anm. 1d, v. Tuhr II, 2 S. 45.
[2]) A. a. O. S. 63.
[3]) So z. B. v. Tuhr II, 2 S. 116.
[4]) Bd. II § 306.
[5]) Schuldversprechen S. 113.
[6]) A. a. O. S. 88.
[7]) Oertmann in D. J. Z. 02 S. 106, R. G. R. Komm. § 780 Anm. 7, v. Tuhr II, 2 S. 47.

3. Entgegengesetzt die von der Rechtsprechung und herrschenden Rechtslehre vertretene Ansicht von der regelmäßigen Unberührbarkeit.

Den zuletzt geschilderten abweichenden Ansichten entgegengesetzt ist die in Theorie und Praxis, insbesondere der des Reichsgerichts, herrschende Ansicht, deren Standpunkt nach den bisherigen Erörterungen auch von der vorliegenden Arbeit geteilt wird. [1])

Danach hat das wegen Unsittlichkeit nichtige Grundgeschäft auf den Rechtsbestand des Erfüllungsgeschäfts keinen Einfluß, wenigstens grundsätzlich nicht. Den Ausgangspunkt für diese Ergebnis lieferte uns das für das ganze Gebiet des bürgerlichen Rechts einheitliche Institut der abstrakten Rechtsgeschäfte, da deren nach § 138 B. G. B. zu prüfender Gesamtcharakter nicht gegen die Sittlichkeit verstoßen kann. Eine Bestätigung unserer Ansicht leistete uns das Vorhandensein des § 817 B. G. B.

c) Rechtskonstruktionen, deren praktische Anwendung zu einem unrichtigen Ergebnis führen würde.

Es gibt nun eine Anzahl von Schriftstellern, die diesem Ergebnis ebenfalls zustimmen, aber in der Art der praktischen Anwendung dann Ausnahmen machen und auf diese Weise praktisch regelmäßig zu entgegengesetzten Folgerungen gelangen. Besonders sind zwei Sondermeinungen zu beachten, deren regelmäßige Anwendung zu einer der oben aufgeführten Lösung entgegengesetzten kommt, und zwar sind es zwei Wege, die auf diese Art zur regelmäßigen Nichtigkeit des abstrakten Erfüllungsgeschäftes führen: Einmal mit Hilfe einer stillschweigenden Bedingung, und das andere Mal, ebenfalls auf einen nicht ausdrücklich erklärten Parteiwillen abgestellt, gestützt auf den § 139 B. G. B.

1. Im Wege der Bedingung mittels stillschweigend anzunehmender Willensübereinstimmung der Parteien.

Es kann keinem Zweifel unterliegen, daß auch die Gültigkeit eines abstrakten Leistungsgeschäftes, ebenso wie die jedes anderen Rechtsgeschäftes, von einer Bedingung (also von der des Bestehens des Grundgeschäfts) abhängig gemacht werden kann. Voraussetzung

[1]) Vergl. außer den auf S. 52 Angeführten noch Ackermann a. a. O., Eccius a. a. O., Endemann, Sachenrecht § 18, Hölder a. a. O., Kohler Arch. bürg. R. Bd. 5 S. 161, Oertmann § 138 II, § 817 4, Staudinger § 780 Anm. IV, § 873 VI 2b, § 138 I, 7, ständige Rspr. des R. G. E. 63, 185; 68, 100; 75, 74; 78, 285; 109, 202; 111, 153; Warn. 1911 Nr. 167; 20 Nr. 147; JW. 1911 S. 317; 1913 S. 683; 1920 S. 707; R. G. R. Komm. § 873 Anm. 7a, § 817 Anm. 1d.

ist natürlich, daß die Zufügung einer Bedingung rechtlich nicht ausgeschlossen ist, wie z. B. bei der Auflassung (§ 925 B. G. B.). Eine derartige Bedingtheit muß aber besonders von den Parteien erklärt werden, um Rechtswirksamkeit zu erlangen. Es geht nicht an, wie es insbesondere Planck [1]), v. Thur [2]) und vereinzelt auch das Reichsgericht [3]) annehmen, einen derartigen Willen der Parteien bezüglich der Bedingtheit des Leistungsgeschäfts von dem Bestehen des Grundgeschäfts regelmäßig in jedem einzelnen Fall annehmen zu wollen, eben also stillschweigend von den Parteien vorausgesetzt.

Grade das Gegenteil ist der Fall: Die Parteien haben niemals mit einer Ungültigkeit des Grundgeschäfts gerechnet. Hätten sie in dieser Richtung auch nur den leisesten Zweifel gehabt, so würden sie niemals auf Grund dieser angezweifelten Beziehungen eine Leistung vorgenommen haben. Grade daß sie es getan haben, ist ein Zeichen dafür, wie fest sie auf die Gültigkeit vertraut haben. Auf den Gedanken, sich eine Sicherung in dieser Hinsicht durch eine derartige Abhängigkeit zu schaffen, sind die Parteien garnicht gekommen. Man kann sonst sicher annehmen, daß es ausdrücklich vereinbart wäre. [4]) Gegen eine Annahme einer stillschweigenden Bedingung spricht auch weiterhin, daß dieses Institut im Regelfall den rechtsunkundigen Parteien nicht bekannt sein dürfte. [5])

Im übrigen würde eine derartige stillschweigend angenommene Bedingung eine recht verdächtige Ähnlichkeit mit der Windscheidschen Lehre von der Voraussetzung haben, die ebenfalls eine unentwickelte Bedingung ist. Denn „wer seinen Willen unter einer Voraussetzung erklärt, will ebenso wie der, der eine bedingte Willenserklärung abgibt, daß die gewollte Wirkung nur bei einem gewissen Zustand der Verhältnisse bestehen soll, aber er geht nicht dazu über, das Dasein der Wirkung von diesem Zustand der Verhältnisse abhängig zu machen" (Windscheid-Kipp). [6]) Eine derartige Voraussetzung hat aber keinerlei Rechtswirksamkeit; sie ist auch von den Redaktoren des B. G. B. ausdrücklich abgelehnt worden. [7])

2. Bei unmittelbarer Aufeinanderfolge von Grund- und Leistungsgeschäft unter Anwendung des § 139 B. G. B.

Ebenso ist auch die zweite Ansicht abzulehnen, die allerdings von einer erheblich größeren Anzahl von Schriftstellern und auch einem großen Teil der Judikatur vertreten wird. Dazu gehören

---

[1]) § 138 Anm. I, § 873 Anm. III, 4.
[2]) II, 2 S. 45.
[3]) R.G.E. 59, 315; in Gruch. 57, 917; R.G.R. Komm. § 125 Anm. 1 c, anders bei § 873, Anm. 7b.
[4]) So die herrschende Lehre, vergl. z. B. Engel a. a. O. S. 68, Goldmann a. a. O. S. 167 ff., Meier a. a. O. S. 116.
[5]) Meier S. 116 u. a.
[6]) Bd. 1 § 97 S. 507, 510.
[7]) Motive Bd. 1 S. 249, R.G.E. 62, 267.

außer den oben angeführten Schriftstellern insbesondere Staub [1]), Enneccerus [2]), Krückmann [3]), Kaufmann [4]), auch Staudinger [5]) und andere mehr [6]). Nach diesen ist regelmäßig bei gleichzeitiger Vornahme oder unmittelbarer Aufeinanderfolge beider Rechtsgeschäfte kraft zu vermutenden Parteiwillens darauf zu schließen, daß die Parteien das Grund- und Erfüllungsgeschäft nur als einheitliches im Sinn des § 139 B. G. B. abgeschlossen haben. Nach dem Grundsatz dieses § 139 sei deshalb regelmäßig anzunehmen, daß auch das Leistungsgeschäft von der Nichtigkeit des Grundgeschäfts ergriffen würde.

Dazu ist zu bemerken, daß auf das Verhältnis von Grund- zum Leistungsgeschäft die Vorschrift des § 139 grundsätzlich Anwendung finden kann. [7]) Nach ihm ist in erster Linie Voraussetzung, daß ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den Teilen des Rechtsgeschäfts besteht, dem auch ein gewisser äußerer Zusammenhang entsprechen muß. [8]) Dieser ist ja bezüglich des Verhältnisses vom Grund- zum Leistungsgeschäft unbedenklich anzunehmen. Nicht erforderlich ist weiter, daß es sich um ein Rechtsgeschäft von einheitlichem juristischen Typus handelt. [9])

Aber nur dann darf die Bestimmung des § 139 Platz greifen, wenn die Untrennbarkeit des Parteiwillens ausdrücklich aus äußeren Handlungen und Erklärungen bei diesem Abschluß als gewollt erwiesen werden kann. Der Wille der Parteien muß demnach erkennbar darauf gerichtet sein, das Geschäft nur als Ganzes zu wollen, also entweder gar keine oder alle Rechtsfolgen aus dem Geschäft hervorzurufen. Tatsächlich schließt man jedoch auf einen nur zu vermutenden Parteiwillen, der aus denselben Gründen wie oben S. 73 abzulehnen ist, aus der Einheitlichkeit der Aufeinanderfolge von Grund- und Leistungsgeschäft. In diesem Fall soll ein einheitlicher Akt vorliegen, also Nichtigkeit des ganzen eintreten. [10])

Ein einfaches Beispiel zeigt das Unberechtigte einer derartigen Abgrenzung. Bei einem Grundstücksbesitzwechsel stellt es sich also folgendermaßen dar: Wird der Kaufvertrag von den Parteien vor einem Notar abgeschlossen und gleichzeitig bei demselben die Auf-

---

[1]) Anhang zu § 346 Anm. 3.
[2]) § 178 Anm. II, 3.
[3]) Arch. bürg. R. Bd. 13 S. 1 ff.
[4]) In JW. 04 S. 369.
[5]) Anm. VE vor § 104, BVI 2c zu § 873.
[6]) Vergl. aus der Rechtsprechung R. G. E. 70, 89; 75, 68; 78, 44; 81, 51; 94, 149; 104, 102; in Gruch 56, 871.
[7]) Vergl. R. G. E. 57, 96 . . . steht fest, daß der Wille der Parteien auf ein untrennbares Ganzes gerichtet ist, so stellt dem auch das Gesetz „Hindernisse" nicht entgegen. Das dingliche Geschäft ist nicht dergestalt formal, daß es nicht kraft Parteiwillens in angegebener Art in ein Abhängigkeitsverhältnis zu dem obligatorischen gesetzt werden könnte."
[8]) Enneccerus § 189 IVa, Warneyer § 139 Anm. I.
[9]) Warneyer a. a. O.
[10]) Vergl. R. G. E. 66, 390; in Recht 1918 Nr. 1487; in Warn. Rspr. 13 S. 321, anders E. 78, 44; 111, 15; in L. Z. 1918 S. 1270.

lassung erklärt und die Eintragungserklärung entgegengenommen, so soll dies ein einheitliches Rechtsgeschäft sein, die Nichtigkeit sich also auf dessen beide Teile, Grund- und Leistungsgeschäft erstrecken. Wird dagegen die Auflassung usw. erst einige Tage oder auch Stunden später vor demselben Notar oder auf dem Gericht erklärt, so liegt nach dieser Lehre ein zeitlich nicht mehr einheitliches Geschäft vor. Demnach ist die Anwendbarkeit des § 139 ausgeschlossen.

Es liegt auf der Hand, daß eine derartig an zufällige Äußerlichkeiten geknüpfte Unterscheidung, die die schwerwiegendsten Folgen in der Rechtslage nach sich zieht, nicht im Sinn des Gesetzes liegen kann.[1]) Zudem wäre dann das System der abstrakten Verträge völlig überflüssig, wenn man in dem Maße, wie es die obengenannten Schriftsteller tun, die Ausnahme zur Regel machen würde.[2])

d) Wirkliche Ausnahmen.

Dieser abgelehnten Ansicht diametral gegenüber steht die Ansicht von Eccius[3]), die teilweise auch vom Reichsgericht[4]) (nach den Untersuchungen von Rumpf a. a. O. insbesondere vom V. Senat) vertreten ist, daß ein abstraktes Leistungsgeschäft niemals von der Nichtigkeit des zugrunde liegenden Grundgeschäfts ergriffen werden könne. Wegen seiner Farblosigkeit könne dem dinglichen Akt niemals ein Verstoß gegen die Sittlichkeit zur Last fallen.

Nicht richtig ist es jedenfalls, eine Nichtigkeit des Leistungsgeschäfts dann eintreten zu lassen, wenn dieses einen Gegenstand zum Inhalt hat, der schon objektiv seiner Natur nach einen unsittlichen Charakter trage.[5]) Dies soll z. B. der Fall sein bei obszönen bildlichen und plastischen Gegenständen ebenso bei einem Bordellgeschäft, da grade in dem Gegenstand die Unsittlichkeit liege.

Diese Ansicht ist jedoch abzulehnen, da es derartige objektiv unsittliche Gegenstände nicht gibt.[6]) Bei den oben erwähnten Beispielen macht erst der Zweck der Benutzung die Unsittlichkeit aus (des Hauses zum Bordell z. B., das auch anderen Zwecken hätte dienen können).

---

[1]) Biermann, Sachenrecht S. 5, Bruck, Einigung S. 65, Goldmann a. a. O. S. 121, Matthias Lehrbuch S. 439.

[2]) Goldmann-Lilienthal II S. 210, v. Tuhr II, 1 S. 286 ff., Marcuse a. a. O. S. 160 ff., R. G. R. Komm. § 817 1 d, R. G. E. außer den auf S. 39 Anm. 10 aufgeführten E. in L. Z. 1920 S. 257, in JW. 1911 S. 653, in Gruch. 62, 641.

[3]) A. a. O. S. 40 ff.

[4]) R. G. E. 75, 74; 78, 285; in JW. 1911 S. 317, 12 S. 682; 13 Nr. 682; in Warn. 1912 Nr. 243, 1914 Nr. 253 in L. Z., 1918 S. 1270. In diesen E. wird gesagt, daß der dingliche Vertrag zwar auf einem unsittlichen Beweggrund beruhen könne. Er habe jedoch lediglich eine Rechtsänderung zum Inhalt und ein derartiger Inhalt könne keinesfalls sittenwidrig erscheinen. Ähnlich auch Planck § 138 I 3 b, R. G. R. Komm. § 873 7 a b.

[5]) So Werneburg a. a. O. S. 375, Matthiessen a. a. O. S. 923.

[6]) Marcuse a. a. O.

Man darf sich deshalb nicht auf die Unsittlichkeit des Leistungsgegenstandes berufen. Zu weit geht andererseits auch die von Eccius usw. in der schroffen Form vertretene Ansicht von der ausnahmslosen Unberührbarkeit. Man wird vielmehr Unsittlichkeit und damit Nichtigkeit des dinglichen Aktes dann annehmen müssen, wenn grade in dem Weggeben, in der Entäußerung die Unsittlichkeit liegt und grade dadurch erst der unsittliche Zweck des Grundgeschäfts, durch Vollziehung der Rechtsänderung, realisiert werden soll. [1])

Die Rechtsprechung des Reichsgerichts hat eine m. E. zutreffende Abgrenzung der Fälle gegeben, wo grade in dem durch das Leistungsgeschäft verwirklichten dinglichen Weggeben die Unsittlichkeit liegt.

1. Im Fall des wucherischen Geschäfts gemäß § 138 Abs. 2 B. G. B.

Das Gesetz selbst gibt uns in dem Wucherparagraphen ein Beispiel für die Nichtigkeit des abstrakten Leistungsgeschäfts gemäß der vorhergehenden Abgrenzung. Allein aus der Stellung und dem Wortlaut dieser Bestimmung: „Nichtig ist insbesondere ein Rechtsgeschäft, ...", können wir ersehen, daß wir es mit einem Unterfall der allgemeinen Vorschrift zu tun haben. Diese Auffassung wird auch ganz allgemein von der herrschenden Lehre vertreten. [2])

Eine Ausnahmestellung bezüglich des abstrakten Leistungsgeschäfts nimmt das Wuchergeschäft insofern ein, als durch ausdrückliche Gesetzesbestimmung nicht nur das Sich-Versprechen-, sondern auch das Sich-Gewähren-Lassen und damit das dingliche Geschäft für nichtig erklärt wird. [3])

Von einigen Schriftstellern wird die Ansicht vertreten, nur das Sich-Versprechen-Lassen übermäßiger Vorteile sei wucherisch

---

[1]) Leonhard a. a. O. S. 356, 484.

[2]) Vergl. dazu Staudinger § 138 Anm. II, 2, Planck § 138 II, 2a.

[3]) So die herrschende Lehre, z. B. Enneccerus I, 1 § 179 Anm. IV, Dernburg Bd. 1 § 127 III, Kohler Lehrb. Bd. II, 1 S. 103, Leonhard S. 484, Planck § 138 Anm. III 4 c, Staudinger § 138 4a, Staub Anh. zu § 346 Anm. 5 u. 30, v. Tuhr II, 2 S. 46, so auch die völlig einheitliche Rechtsprechung: R. G. R. Komm. § 138 2, § 817 1 d, R. G. E. ausführlich E 57, 96: „In § 138, 2 ist ausdrücklich neben der Entgegennahme des Versprechens von Vermögensvorteilen auch die Gewährung solcher genannt. In letzter Hinsicht kann nicht wieder unterschieden werden zwischen dem dinglichen Geschäft als solchen, d. h. als ausschließlicher Grundlage dinglicher Rechtsänderungen einerseits an der ihm zugewandten Funktion, zur Erfüllung der Verpflichtungen aus dem obligatorischen Geschäft zu dienen andererseits; sondern nichtig ist der Erfüllungsakt einschließlich des dinglichen Geschäfts, in welchem er sich verkörpert." So auch die weiteren E., vergl. E. 63, 184; 72, 63; 75, 76; 93, 75; 109, 201; 112, 364, in JW. 1925 S. 2127. Oertmann § 138 C 2a, 4b; in § 817 6a unterscheidet er bei der Leistung von Seiten des Wucherers, ob dieser contra-hendi causa leistete, um dadurch das wucherische Geschäft erst zustande zu bringen (wie fast regelmäßig), oder ob die Leistung solvendi causa erfolgt. Eine derartige Trennung läßt sich aber weder praktisch noch rechtlich machen.

und deshalb nichtig, nicht auch die auf Grund dieses Versprechens erfolgte Leistung.[1]) Wenn diesen auch zuzugeben ist, daß das wucherische Erfüllungsgeschäft für sich allein betrachtet nicht wucherisch sein kann, da es die in objektiver und subjektiver Hinsicht erforderlichen Voraussetzungen nach seinem Tatbestande nicht erfüllen kann[2]), so liegt die Nichtigkeit eben darin, daß auf Grund des Versprechens bzw. der Leistung des Wucherers dem Bewucherten die Vermögensvorteile entrissen werden. Zweck dieses Geschäfts ist eben, dadurch den Bewucherten zu einer Gegenleistung zu veranlassen oder diese zu sichern, und eben darin liegt die Herbeiführung eines unsittlichen Erfolges.[3])

Das Versprechen des Bewucherten wird also dadurch erst in die Tat umgesetzt, so daß sich ebenso die Entgegennahme der Leistung als eine Fortsetzung des wucherischen Verhaltens darstellt. Also auch hier widerstrebt grade das dingliche Weggeben der Sittlichkeit.[4])

Abzulehnen ist die veraltete Lehre von der Gültigkeit des wucherischen Vertrags mit Ausnahme des „wucherischen Plus".[5]) Eine derartige Einteilung des Wuchergeschäfts läßt sich rechtlich nicht begründen.[6]) Sie ist lediglich eine Fiktion, deren praktische Auswirkung es wäre, daß man eine Klage auf die das übliche Maß (insbesondere der Zinsen) nicht übersteigende Leistung zulassen müsse. Für die Richtigkeit des wucherischen Geschäfts bliebe damit kein Raum.

Aus dieser Ausnahmevorschrift des § 138, II können allgemeine Rückschlüsse auf eine regelmäßige Nichtigkeit und damit Unsittlichkeit des Leistungsgeschäfts nicht gezogen werden.[7])

2. Wenn gerade in der dinglichen Entäußerung die Unsittlichkeit liegt.

Einen zweiten Ausnahmefall der Unsittlichkeit und damit Nichtigkeit des Leistungsgeschäfts haben wir nach der zum Eingang gegebenen Abgrenzung neben dem wucherischen in folgenden Rechtsgeschäften vor uns:

---

[1]) So Planck § 138 I, 2a und III, Neumann, Handausgabe, Komm. zu § 817 S. 533, anderer Ansicht: Eccius a. a. O. S. 41, Neubecker in D. J. Z. 02 S. 570.

[2]) Vergl. v. Mayr S. 181, Oertmann § 817 4b, R. G. R. Komm. § 138, 2, § 817 1d, Staudinger § 138 II 4a.

[3]) Meier S. 35.

[4]) Leonhard a. a. O. S. 484.

[5]) So Hellmann, Vorträge S. 128, auch Neumann § 138 Anm. 47.

[6]) So auch die heute allgemein herrschende Lehre, vergl. dazu Eccius a. a. O., Eichler a. a. O. S. 4 ff., Meier S. 36, Neubecker in D. J. Z. 1902 S. 568 ff.

[7]) So in der Tat Matthiessen in J.W. 1911 S. 924, de lege ferenda auch Staub a. a. O. Anm. 5, dagegen die oben angeführte herrsch. Lehre, vergl. Oertmann § 138 C 4b und R. G. E. 63, 184.

Auch bei einer Sicherungsübereignung beruht grade in dem Weggeben aller, auch der letzten Vermögenswerte die Unsittlichkeit. Diese liegt darin, daß unter dem Schein der Kreditwürdigkeit das seiner wirtschaftlichen Basis beraubte Geschäft weitergeführt wird, um dadurch die Gläubiger zu schädigen.[1]) Durch die Täuschung der Geschäftswelt tritt ein derartiger Schaden regelmäßig ein. Rechtlich gleich liegt der Fall, wenn jemand sich seines Vermögens entäußert, um seine Gläubiger zu schädigen.[2])

Dasselbe gilt auch von der Abtretung von Forderungen zu dem Zweck, daß der Schuldner im Fall seines Obsiegens von dem mittellosen neuen Gläubiger seine Kosten nicht beitreiben kann[3]), oder zu dem Zweck, um als Zeuge auftreten und dabei die Unwahrheit sagen zu können.[4])

Einen ähnlichen Fall haben wir bei einem abstrakten Schuldversprechen vor uns, wenn grade sein Inhalt in der Vornahme einer unsittlichen Handlung besteht und zu deren Vornahme eine Verpflichtung konstruiert wird.[5]) Denn im Sinne des Gesetzes liegt es, eine derartige Verpflichtung nicht durch seine Rechtsmacht erzwingen zu wollen.

Diese von der Rechtsprechung abgegrenzten Fälle zeigen uns, daß nur ausnahmsweise Nichtigkeit des Leistungsgeschäfts eintritt, nämlich nur dann, wenn grade in ihm, den dinglichen Weggeben der Verstoß gegen das Sittlichkeitsgesetz sich offenbart. Rückschauend können wir jetzt feststellen, daß die Theorie, ein unsittliches Grundgeschäft ziehe immer ein nichtiges Leistungsgeschäft nach sich, nicht richtig sein kann. Lediglich in einigen, ganz bestimmt abgegrenzten und einer weiten Ausdehnung nicht fähigen Ausnahmefällen wird die Regel durchbrochen, daß unabhängig von dem Grundgeschäft das Leistungsgeschäft volle Rechtswirksamkeit hat. Diese Schlußfolgerung haben wir aus dem Wesen der Abstraktion sowie der Bestimmung des § 817 B. G. B. ziehen können.

---

[1]) R. G. in Gruch. 57 S. 916; in Warn. 1913 Nr. 125; 17 Nr. 194; 18 Nr. 1.

[2]) R. G. in Gruch. 49 S. 452.

[3]) Enneccerus I, 1 § 178 Anm. 14, R. G. R. Komm. § 138 Anm. 1 a, R. G. E. 81, 175; in J. W. 1913 S. 370 in Seuff. Arch. 65 Nr. 116.

[4]) R. G. in Gruch. 53 S. 911.

[5]) Leonhard a. a. O. S. 356, Staudinger § 780 Anm. IV, 1.

D.

Anhang: Überprüfung des bisherigen Ergebnisses auf seine praktischen Folgerungen, insbesondere auf die Billigkeit der endgültigen vermögensrechtlichen Regelung.

Bei der abschließenden Überprüfung dieses Ergebnisses auf seine praktische Bedeutung und die Billigkeit im Hinblick auf die Regelung der Vermögenslage der Beteiligten fällt uns in erster Hinsicht gleich ins Auge, daß durch diese Regelung eine große Sicherheit und Klarheit des Rechtsverkehrs erzielt wird. Es sei gestattet, an dieser Stelle auf die bei der Behandlung der Abstraktion Seite 28 ff. gemachten Ausführungen zu verweisen, die hier ebenso zutreffen. Gleichzeitig wird damit ein Schutz des dritten gutgläubigen Erwerbers gewährleistet.

Die bisherige Behandlung betraf aber nur die Frage, ob die Wertbewegung trotz der Nichtigkeit der zwischen den Beteiligten bestehenden „Sonderverbindungen" erfolgte, was zu bejahen war. Wie schon oben ausgeführt, kann es sich hier nur um eine vorläufige Regelung handeln. Eine weitere Frage ist es, ob diese Wertverteilung endgültig rechtlichen Bestand hat oder im Hinblick auf die Bereicherungsansprüche später eine Rückgewährpflicht entsteht.

Zur Prüfung des gewonnenen bisherigen Ergebnisses auf die Billigkeit seiner Anwendung ist es aber unumgänglich, auch darauf einzugehen. Dabei wird es vorzüglich auf die Entscheidung des Problems ankommen, welche Ausdehnung man dem Satz 2 des § 817 B. G. B. angedeihen lassen will. Dabei hat es sich die Arbeit nicht zur Aufgabe gemacht, darüber eine erschöpfende Auskunft zu geben. Diese verschiedenen Fragen sollen nur kurz gestreift werden, da sie lediglich der Überprüfung des Ergebnisses hinsichtlich der endgültigen Vermögenslage dienen, eine weitere Bearbeitung also den Rahmen der Arbeit sprengen würde.

a) Kennzeichnung des von der herrschenden Lehre infolge unzulässiger Ausdehnung des § 817, 2 B. G. B. vertretenen Standpunkts an Hand von praktischen Beispielen (Bordell- und Wuchergeschäft).

Zunächst seien einige praktische Beispiele für diese Arten von Rechtsgeschäften gegeben, bei denen § 817, 2 Anwendung finden soll, die sich fast regelmäßig auf der Nachtseite des Lebens abspielen. Die beiden Hauptarten, die die Gerichte am meisten beschäftigt haben, finden wir in den Bordell- und Wuchergeschäften.

Der Grundfall ist der, daß ein Haus verkauft wird in der beiden Parteien bekannten Absicht, darin ein Bordell zu errichten bzw. weiter zu betreiben. Diese Zweckbestimmung ruft für sich allein nach den oben gegebenen Abgrenzungen eine Nichtigkeit

noch nicht hervor, sondern erst dann, wenn diese Absicht auch in dem Inhalt des Rechtsgeschäfts zum Ausdruck gekommen ist.[1]) Damit wird der Betrieb des Bordellgeschäfts mit zum Vertragsinhalt gemacht. Dieser Vertrag verstößt allerdings seinem Gesamtcharakter nach gegen die guten Sitten und ist deshalb nichtig. Andernfalls müßte man dazu kommen, auch Spirituosen- und Zigarettenlieferungen für ein Bordell ihrer Zweckbestimmung wegen für unsittlich zu erklären.[2])

So stellt es das Reichtsgericht darauf ab, ob der Kaufpreis erkennbar mit Rücksicht auf das Bordellgeschäft „aufgeputzt" ist.[3]) Unter diesen Umständen kann auch ein Darlehnsvertrag ebenso wie Vertrag über Belieferung mit Lebensmitteln, Wein usw. sich als unsittlich darstellen, falls erkennbar damit ein besonderer Vorteil aus dem Bordellgeschäft verbunden ist.[4]) Bei dem Hauptfall des Bordellverkaufs ist dem Verkäufer aus dem nichtigen Kaufvertrag keine Forderung auf Zahlung des Kaufpreises entstanden. Das Leistungsgeschäft, die Eigentumsübertragung, ist aber wegen seiner abstrakten Natur zu Recht erfolgt, ein Eigentumsanspruch des Verkäufers also ebenfalls nicht gegeben. Für das Restkaufgeld wird recht häufig eine Hypothek eingetragen. Auch hier ist die abstrakte Einigung über die Hypothekeneintragung gültig, es entsteht also ein hypothekarisches Recht. Dieses wird jedoch gemäß § 1163 B. G. B. zur Eigentümergrundschuld, da die Kaufpreisforderung wegen Unsittlichkeit und Nichtigkeit des Grundgeschäfts ebenfalls nichtig ist, das Entstehen einer Hypothek jedoch von dem Bestand der persönlichen Forderung akzessorisch ist. Die Rechtslage ist demnach so, daß der Bordellverkäufer für seine Leistung, außer einer etwaigen Barzahlung, nichts erhalten hat.[5])

Da diese Wertverteilung durch das zwischen den Beteiligten bestehende Spannungsverhältnis nicht gerechtfertigt wird, müßte nach dem oben angeführten Grundsatz zugunsten des Verkäufers ein Ausgleichsanspruch gemäß § 812 B. G. B. Platz greifen.

Dieser soll jedoch nach der herrschenden Lehre, insbesondere auch der zuständigen Judikatur des Reichtsgerichts, ausgeschlossen sein wegen der auf beiden Seiten vorliegenden turpitudo gemäß § 817, 2 B. G. B., der allgemein bei allen Bereicherungsansprüchen

---

[1]) R. G. E. 68, 182; 75, 69; 78, 285.

[2]) So allerdings Kohler im Arch. bürg. R. Bd. 5 S. 195 ff.

[3]) R. G. E. 69, 97; in Warn. 1906 S. 227, 13 Nr. 312.

[4]) Nach Reichsgericht „Fruktifizierung des Bordellbetriebs", so E. 70, 1; 71, 433; 75, 69; 78, 285 in Seuff. Arch. Bd. 61 Nr. 239.

[5]) So die einhellige Rechtsprechung des Reichsgerichts, vergl. E. 68, 101; 71, 433; 75, 70; 78, 282; in J.W. 1911 S. 317, in Warn. 1911 S. 180. Anders die frühere Rechtsprechung (E. 63, 184), da die Hypothekenbestellung eine Leistung sei und die Bereicherungsklage gemäß § 817, 2 B. G. B. bei par turpitudo ausgeschlossen sei. Man dürfe aber nicht durch Anwendung des § 1163 B. G. B. zu dem entgegengesetzten Ergebnis kommen. Dem sind dann die folgenden E. mit Recht entgegengetreten.

Anwendung finden müsse.[1]) Die Ausschlußklausel des § 817, 2 soll also auch dann anwendbar sein, wenn auf einer Seite die Tatbestandsmerkmale der §§ 812 und 817, 1 gegeben sind, bei den sogen. „Verstoßfällen", wie Heck a. a. O. sie nennt.

Das Ergebnis wäre also, daß Leistung und Gegenleistung in der Hand des Bordellkäufers verblieben, während der Verkäufer dabei völlig leer ausginge und selbst seine eigene Leistung verlöre: eine unerhörte Härte, die jedem Gerechtigkeitssinn und Billigkeitsgefühl aufs schnödeste widerspricht.

Nur in ganz besonderen Ausnahmefällen und auch schwankend hat das Reichsgericht dieses Ergebnis durch Anwendung einer exceptio doli zu mildern versucht, ohne aber davon allgemein Gebrauch zu machen.[2])

Auf dieselbe Weise kommt die herrschende Lehre auch dazu, ein Rückforderungsrecht des Wucherers zu verneinen. Wie wir oben gesehen haben, ist das dingliche Geschäft nichtig, durch das der Bewucherte seine Leistung an den Wucherer bewirkte, und zwar seinem ganzen Umfang nach nichtig. Der Bewucherte kann also seine Leistung, soweit sie noch vorhanden ist, mit der Eigentumsklage herausverlangen, im übrigen nach Maßgabe des § 812 B. G. B. das von ihm Geleistete als grundlose Bereicherung zurückfordern. Daraus folgert auch nach § 812 B. G. B., daß der Wucherer wenigstens die gezahlte Valuta zurückfordern kann. Aber auch hier soll § 817, 2 B. G. B. eingreifen als ein der Rechtsordnung „immanentes Prinzip"[3]) und die Rückforderung ausschließen.

Das Ergebnis der herrschenden Lehre[4]) ist demnach ganz unfaßbar:

Der Bewucherte erhält nicht nur die Leistung des Wucherers. Er braucht dafür noch nicht einmal etwas hin- bzw. zurückzugeben, also noch nicht einmal das der Leistung des Wucherers ent-

---

[1]) So Biermann § 1163 Anm. 7, Matthiessen a. a. O. S. 534, Oertmann § 817 Anm. 6c, Planck § 817 Anm. 2, § 1163, R. G. R. Komm. zu § 1163, Staudinger § 1163 Anm. II, 1 u. 4—5, § 1113 Anm. 2c, v. Tuhr, Allgemeiner Teil III S. 44, R. G. E. insbesondere 68, 101; in Gruch. 55 S. 1013.

[2]) Vergl. Staudinger § 817 Anm. II, 2, Warneyer § 817, II. R. G. E. 71, 432 (Kläger = Käufer weigert sich, obwohl Beklagter mit der Rückgängigmachung des Kaufvertrages einverstanden ist, das Bordell herauszugeben u. will ebenfalls den Kaufpreis nicht zahlen. Hier hat das R. G. eine exceptio doli gegeben).

[3]) Neubecker in D. J. Z. 1902 S. 568 ff.

[4]) So Brütt a. a. O. S. 135, Dernburg I § 127 Anm. III, Hachenburg a. a. O. S. 60, Hagen a. a. O. S. 65, Krückmann Arch. bürg. R. Bd. 40 S. 44, Kohler Lehrb. Bd. II, 1 S. 460, Lotmar a. a. O. S. 75 ff., v. Mayr S. 584, Neubecker im D. J. Z. 1902 S. 568 ff., Riezler a. a. O. S. 179 ff., Staudinger § 138 II 4c, anders in § 817 2d. R. G. E. 63, 353; 70, 4; 78, 282; 99, 166; 105, 271; 111, 153; in Recht 1908 Nr. 54, in Warn. Ergänzbd. 1910 Nr. 286; 11 Nr. 115; in Seuff. Arch. 59 S. 81. Anderer Ansicht, also für Rückforderungsrecht des Wucherers Cohn in Gruch. 44, 792, Endemann § 139, Eccius a. a. O. S. 42, Enneccerus I, 1 § 179 Anm. 7, Graff a. a. O. S. 1102, Oertmann § 817 Anm. 6a (solvendi causa), Planck § 138 III 4d, § 817 4, R. G. R. Komm. § 138, 2, Warneyer § 138 1, Rümelin a. a. O.

sprechende. Wie einige Schriftsteller [1]) sagen, könnte man nur jedem wünschen, in die Hände eines Wucherers zu fallen. Ein glänzenderes Geschäft läßt sich garnicht denken. Der Wucherer verliert ja nicht nur seinen Gewinn, was wohl verständlich wäre, sondern die gesamte von ihm gemachte Leistung zuzüglich der Gegenleistung.

Besondere Schwierigkeiten macht die Konstruktion der herrschenden Lehre deshalb, da hier die Voraussetzungen des § 817, 1 nicht gegeben sind. Dem Bewucherten als Empfänger kann zweifellos ein Verstoß bei der Annahme nicht zur Last fallen. Nach dem reinen Wortlaut muß man aber annehmen, insbesondere aus der Stellung des Wörtchens „gleichfalls", daß dies notwendige Vorbedingung zur Anwendbarkeit der Ausschlußklausel ist. Denn einen Sinn hat diese Vorschrift doch nur dann, wenn das Verhalten beider Parteien verglichen und gegenseitig abgewogen werden soll. Nur wenn beide dabei ein Verschulden trifft, will die Rechtsordnung nicht eingreifen, sondern beide ihrem Schicksal überlassen. Diese Grundlage findet ihre Erklärung in dem römich rechtlichen Satze: in pari turpitudine melior est condicio possidentis.

Die herrschende Lehre geht nun bei der Wucherbehandlung zwei Wege, um zu dem von ihr gewünschten Ergebnis zu kommen: Einmal sagt sie, es könne nicht im Sinne des Gesetzes liegen, den nicht verwerflichen Empfänger schlechter zu stellen als den verwerflichen. Da er sonst für seine gute Gesinnung bestraft werde, müsse eine gleiche Behandlung beider Fälle eintreten. [2])

Zum anderen erblickt man in der Bestimmung des § 817, 2 B. G. B. ein völlig selbständiges Prinzip, das für das gesamte Recht Anwendung finden müsse. Diese Bestimmung sei nicht nur auf das Gebiet der Ansprüche aus ungerechtfertigter Bereicherung beschränkt, sondern müsse unterschiedslos auf alle Ansprüche Anwendung finden. Das „gleichfalls" im § 817 sei nicht logisch, sondern nur grammatisch = satzverbindend aufzufassen. [3]) Man gibt zu, daß dieses Prinzip im Gesetz nicht die richtige Formulierung gefunden habe, Stellung und Fassung der Vorschrift sei vielmehr mißverständlich. Diese Bedeutung käme ihr jedenfalls für die Bereicherungsansprüche auf Grund ihrer Entwicklung aus dem römischen Recht zu, es spreche auch die Entstehungsgeschichte dafür und liege zudem im Sinn des Gesetzes, das einen Strafzweck verfolge.

Allein die beiden aufgeführten Beispiele zeigen deutlich die riesige Unbilligkeit, die aus dessen Entscheidungen spricht. Diese

---

[1]) Graff S. 1103.

[2]) Insbesondere Neubecker D. J. Z. 02 S. 568 ff., im Arch. bürg. R. Bd. 22 S. 70 ff., Riezler a. a. O. S. 179, R. G. R. Komm. § 817, 3b, R. G. E. 70, 4.

[3]) So die oben Aufgeführten, grundlegend insbesondere Neubecker in D. J. Z. 1902 S. 568 ff.

allein fordert schon gebieterisch eine Änderung der herrschenden Lehre, auch wenn sonst kein Grund außer diesem gröblichst verletzten Gerechtigkeitsgefühl dagegen spräche.

b) Von der herrschenden Lehre zur Abmilderung des Ergebnisses gemachte Ausnahmen.

Dem ist teilweise die herrschende Lehre und insbesondere die Rechtsprechung, die dieses Bedürfnis natürlich am dringendsten empfinden mußte, dadurch entgegengekommen, daß sie Ausnahmen zuläßt und dadurch das unerfreuliche Ergebnis abmildern will. Dies geschieht in zwei Richtungen: Einmal, indem man sagt, daß unter Leistung nur eine endgültige Vermögensverschiebung zu verstehen sei.[1]) So sollen Sicherungsübereignungen und fiduziarische Geschäfte nicht unter die Bestimmung des § 817, 2 B. G. B. fallen, da hier, vom Empfänger belastet, mit einer Rückgabeverpflichtung empfangen werde.[2])

Das Gleiche muß aber in noch verstärkterem Maße ebenfalls z. B. von einer Darlehnshingabe auf Zeit gelten, da auch hier der Darlehnsgeber nicht die Absicht einer endgültigen Vermögenszuwendung hat, sondern nur unter der Bedingung der Rückgabe geben will.[3]) Was dem einen recht ist, ist aber auch dem anderen billig.

Der zweite Weg ist der, daß man nur dem Leistenden bzw. dessen Vertreter gegenüber die Rückforderung ausgeschlossen sein lassen will, da sie durch deren eigene Verwerflichkeit ausgeschlossen werde, während sie an sich berechtigt sei. Dieses Hindernis soll deshalb der Rückforderung des Konkursverwalters des Leistenden z. B. nicht im Wege stehen.[4])

Demgegenüber ist zu sagen, daß auch der Konkursverwalter nicht mehr Rechte geltend machen kann, als wie sie dem Leistenden als Gemeinschuldner zugestanden haben. Auch er darf deshalb nichts zurückfordern dürfen.[5]) Zudem ist nach dem Gesetz die Rückforderung nur dann ausgeschlossen, wenn „dem Leistenden", nicht „dem Fordernden" ein Verstoß gegen die guten Sitten zur Last fällt.[6])

Aus diesen Notlösungen sehen wir, daß auch die herrschende Lehre bemüht ist, der Unbilligkeit abzuhelfen. Sie geht dabei nur

---

[1]) Vergl. Warneyer § 817 Anm. II, R. G. E. 67, 312; in JW. 1912 S. 862; in Warn. Rspr. 4, 115; 13, 32; 14, 93; 16, 89 u. 161; 20, 32; 21, 93.

[2]) R. G. R. Komm. § 817 Anm. 3c mit abweichender Begründung der Natur dieser Geschäfte als bloßer Hilfsgeschäfte, die gemäß § 139 von der Nichtigkeit nicht ergriffen würden.

[3]) Heck a. a. O. S. 9.

[4]) R. G. E. 99, 167; in Recht 28, 796; Staudinger § 817 2b, (anders bei Vertreter).

[5]) R. G. E. 46, 167; 61, 43; R. G. E. 72, 197; R. G. R. Komm. § 817 Anm. 3c.

[6]) So mit Recht Heck a. a. O. S. 10.

von einem falschen Ausgangspunkt aus. Interessant ist es, in diesem Zusammenhang die Ausführungen des Reichsgerichtsräte-Kommentars zu diesem Problem zu betrachten.[1]) Darin heißt es: „Diese nur dem römischen Recht zuliebe aufgenommene Strafvorschrift widerspricht dem modernen Empfinden. Wie peinlich die zu weit gehende Entrechtung des Wucherers empfunden wird, beweisen die Anstrengungen, die man gemacht hat, um das Ergebnis zu vermeiden. Auch daß der Konkursverwalter die Leistung des Gemeinschuldners nicht zur Befriedigung der Gläubiger zurückfordern darf, erscheint unbillig. Den größten Anstoß aber erregt Satz 2 dann, wenn zugleich der Empfänger der Leistung verwerflich gehandelt hat und die Gegenleistung verweigert. Die rechtliche Ordnung des Bordellkaufs ist ein Hohn auf die Gerechtigkeit, die die Rückgängigmachung der auf unsittlichem Grund beruhenden Vermögensverschiebung, jedenfalls aber dieGleichbehandlung beider Parteien verlangt." Abhilfe wird lediglich von der Gesetzgebung gefordert.

Wie jedoch eine neuere, hauptsächlich von Heck begründete und dann von Jung und Leonhard weiter ausgebaute Lehre treffend begründet hat, handelt es sich hier größtenteils um selbst geschaffene Schwierigkeiten, die nicht nur nicht zwingend, sondern sogar falsch begründet sind und deshalb nur beseitigt zu werden brauchen.

c) Kritische Würdigung der von der herrschenden Lehre für die Selbständigkeit der Ausschlußklausel (§ 817, 2 B. G. B.) gegebenen Begründung.

1. Angebliche Einheit der Bereicherungsansprüche.

Die herrschende Lehre behauptet, daß § 812 B. G. B. das allgemeine Prinzip enthalte, von dem die folgenden Paragraphen nur Anwendungsfälle darstellten. Damit geht man von einer Einheitlichkeit des Bereicherungsanspruches aus, die es in diesem Ausmaße garnicht gibt.[2])

Soweit dabei zur Begründung auf das römische Recht zurückgegangen wird, wird auf die unten S. 52 gemachten Ausführungen verwiesen. Im übrigen ist auch nach der neuen Lehre allen Bereicherungsansprüchen, wie schon ausgeführt, gemeinsam, daß jemanddas wieder zurückzugewähren hat, was er durch dieLeistung eines anderen oder in sonstiger Weise ohne rechtfertigenden Grund

[1]) § 817 Anm. 6.

[2]) So Heck a. a. O. S. 65 ff., Jung Bereicherungsansprüche S. 16, Leonhard S. 452. Für Einheitlichkeit des Bereicherungsanspruchs: Ackermann a. a. O. S. 587, Eichler S. 21 ff., v. Mayr S. 28 ff., Oertmann § 812 Anm. 2e, Pollack S. 16, Rindfleisch S. 7 ff., R. G. R. Komm. Vorbem. 1 zu § 812, Rumpf S. 389 sowie ständige Rechtspr. des R. G., vergl. E. 63, 353.

erlangt hat.[1]) Das ist Grundlage aller Bereicherungsansprüche, und insofern ist es auch erlaubt, von deren Einheitlichkeit zu sprechen[2]), während dies sonst nur zu dem Zwecke wissenschaftlicher Zusammenfassung geschehen darf.

§ 812 enthält nun den Hauptanwendungsfall, daß es einer vollzogenen Güterbewegung der sie erklärenden schuldrechtlichen Grundlage ermangelt. Die §§ 813 bis 815 enthalten dazu Ergänzungsvorschriften. Wie wir oben S. 21 ff. gesehen haben, stellt sich § 817 als regelrechte Ausnahmebestimmung dar, die nur einen wegen der dabei mitspielenden Zweckbestimmungen verpönten Empfang regelt. Das dem Leistungsgeschäft zu Grunde liegende Grundgeschäft wird von der Nichtigkeit nicht ergriffen.

Eine Bestätigung dieser Trennung zwischen den §§ 812 und 817 B. G. B. finden wir im § 819 B. G. B., wo ausdrücklich für die den § 817 betreffenden Fälle eine strengere Haftung gegenüber den anderen Fällen normiert wird. Damit wird gesetzlich festgelegt, daß es sich hier um zwei verschiedene Bereicherungsansprüche handelt, die getrennt zu halten sind. Ebenso wird dies dadurch auch allgemein anerkannt, so auch von der Rechtsprechung des Reichsgerichts[3]), daß § 814 B. G. B. nur auf die Fälle des § 812 (nulla causa), nicht aber auch auf die der turpis causa des § 817 angewandt wird.

Demnach ist § 817 eine selbständige Vorschrift, dessen Satz 1 in den Fällen eine Rückforderung gibt, in denen nach den oben gegebenen Erläuterungen den Empfänger ein Verstoß trifft. In Satz 2 wird nun ein Ausschluß dieser Rückforderung begründet, wenn dem Leistenden „gleichfalls" ein derartiger Verstoß zur Last fällt, und davon in zweiten Halbsatz wieder eine Ausnahme konstruiert, soweit es sich um die Eingehung einer Verbindlichkeit handelt, da das Gesetz seine Rechtsmacht zur Erzwingung einer derartigen Leistung nicht herleihen will.

Wie schon angedeutet, spricht allein der Zusammenhang und der Wortlaut dieser Bestimmung dafür, daß die Ausschlußklausel des § 817, 2 nur dann anwendbar ist, wenn auch die Voraussetzung des § 817 S. 9 gegeben ist. Nur für diesen Fall allein ist sie aber auch gerechtfertigt, da es dann auf ein Abwägen des beiderseitigen Verschuldens ankommt, das in den Zweckbestimmungen der Leistungen liegt, während diese selbst ihre gültige schuldrechtliche Unterlage haben.

Liegt gleichzeitig damit auch das Tatbestandsmerkmal des § 812 B. G. B. vor, eben bei dem häufigsten Fall, daß auch die causa von der Nichtigkeit mit umfaßt wird, so konkurrieren beide Vorschriften (§§ 812 und 817, 1 B. G. B.) miteinander, Beide gewähren

[1]) Jung, Bereicherungsansprüche S. 16.
[2]) Jung a. a. O.
[3]) So Jung bei Stammler S. 758, Oertmann § 817 Anm. 1, Planck § 817 Anm. 1 c, Staudinger § 814 Anm. 1, Warneyer § 814, 1, R. G. E. 97, 84; 98, 239; 99, 165; J. W. 1923, 277, 1049.

völlig selbständig eine Rückgabeverpflichtung; aber sie dürfen nicht miteinander verquickt werden, indem man die Erfordernisse und Folgerungen des einen auch auf die des anderen anwendet. Vollzieht sich deshalb die Rückgewähr nach § 812, so wird damit eine völlig sinnlose Wertbewegung aus der Welt geschafft, die durch schuldrechtliche Unterlagen zwischen den Beteiligten nicht gerechtfertigt wurde. In diesem Fall muß die eingetretene Wertverteilung wieder rückgängig gemacht werden, so daß hier kein Platz ist für ein Abwägen von subjektiven Leistungsinteressen, das § 817 verlangt. Deshalb kann man auf diesen Anspruch die Ausschlußbestimmung des § 817, 2 nicht anwenden, da diese lediglich für den Sonderfall des verpönten Empfangs gegeben ist, der ohne diese ausdrückliche Bestimmung sonst überhaupt nicht zu den Kondiktionstatbeständen zählen würde.

Praktisch ist deshalb die Bestimmung des § 817, 2 nur dann anwendbar, wenn lediglich die Voraussetzungen des § 817, 1, nicht auch zugleich die des § 812 B. G. B. gegeben wird. Es muß also in den schuldrechtlichen Beziehungen die Wertbewegung ihre Rechtfertigung finden, eine causa demnach gegeben sein und lediglich auf beiden Seiten eine verpönte Zweckbestimmung vorliegen.

Die herrschende Lehre gelangt nun zu dem Ergebnis, die Ausschlußklausel des § 817, 2 selbständig bei allen Bereicherungsansprüchen anzuwenden (und dadurch, wie oben dargestellt, ungeheuere Fehlentscheidungen hervorzurufen), außer mit Hilfe der vorstehend abgelehnten „Einheitstheorie" aus folgenden Gründen:

Aus der geschichtlichen Entwicklung dieser Vorschriften und der sich auch daraus ergebenden Einheitlichkeit der Bereicherungsansprüche, aus dem dem § 817 innewohnenden Strafzweck sowie daraus, daß es nicht in der Hand der klagenden Partei liegen dürfe, ob die Vorschrift des § 817, 2 Anwendung zu finden habe oder nicht.

Als Hauptvertreter der herrschenden Lehre sind zu nennen: Brütt [1]), Cosack [2]), Dernburg [3]), Gierke [4]), Kohler [5]), Krückmann [6]), Lotmar [7]), v. Mayr [8]), Neubecker [9]), Oertmann [10]), Planck [11]), Reichsgerichtsräte-Kommentar [12]), Rumpf [13]), v. Thur [14]), Warneyer [15]), und

[1]) A. a. O. S. 136.
[2]) Bd. I § 167 Nr. II.
[3]) Bd. I § 127, 2.
[4]) Bd. III S. 1019.
[5]) A. a. O. S. 84.
[6]) In Arch. bürg. R. Bd. 40 S. 44 ff., in Z. f. H. in Bay. 1915 S. 189.
[7]) A. a. O. S. 76.
[8]) A. a. O. S. 579.
[9]) In Arch. bürg. R. Bd. 22 S. 70 ff., in D. J. Z. 02 S. 568 ff.
[10]) § 817 Anm. 6a u. c.
[11]) § 817 Anm. 4.
[12]) § 817 Anm. 3b u. c.
[13]) A. a. O. S. 324.
[14]) Bd. III, 1 S. 47.
[15]) § 817 Anm. II.

von Reichtsgerichtsentscheidungen besonders die „leitende" Entscheidung im 63. Bande S. 354 und dieser folgende die übrige Rechtsprechung.[1]) Die Gegenansicht befindet sich heute noch in der Minderzahl. Ihre Vertreter sind außer den schon genannten Heck [2]), Jung [3]) und Leonhard [4]) Eccius [5]), Eichler [6]), Graff [7]), Goldmann-Lilienthal [8]), Riezler [9]), Rümelin [10]) und Staudinger [11]).

2. Entstehungsgeschichte der Vorschrift.

Das Institut der Bereicherungslehre stammt aus dem kasuistisch gehaltenen römischen Recht. Man war bei der Kodifizierung des B.G.B. bemüht, die römisch-rechtlichen Bereicherungsansprüche nachzubilden. Richtig ist es deshalb, das römische Recht und die Entstehungsgeschichte zur Vergleichung heranzuziehen; aus beiden lassen sich jedoch die von der herrschenden Lehre behaupteten Schlüsse nicht ziehen.

Die klassische Jurisprudenz der Römer teilte die condictionen lediglich nach ihrem Klagegrunde ein. So zeigt uns das Corpus juris folgende Einteilung:

1. condictio indebiti D. 12,6,
2. c. ob causam datorum (c. causa data, causa non secuta) D. 12,4 u. C. 4,6.
3. c. ob injustam causam D. 12,5 u. C. 4,9.
4. c. ob turpem causam D. 12,5 u. C. 4,7.
5. c. sine causa D. 12,7 u. C. 4,5.

Im römischen Recht waren, dessen Kasuistik gemäß, mehrere Möglichkeiten einer turpis causa bekannt. Was insbesondere die seit Neubecker a. a. O. viel behandelte sogen. Meretrix-Stelle (D. 12,5, C. 4) betrifft, aus der sich infolge der turpitudo dantis ganz allgemein der Ausschluß der Bereicherungsansprüche ergeben sollte, so kann es m. E. dahingestellt bleiben, ob die Stelle echt ist. Heck [12]) hat dazu recht beachtenswerte Ausführungen gemacht und nachzuweisen versucht, daß diese Stelle oder zum mindesten deren wichtigster Teil nicht von Ulpian stammten, sondern nachträglich

---

[1]) Vergl. E. 70, 4; 78, 284; 99, 166; 111, 153; 127, 279; in J.W. 1923, 371; 25, 1392; in Warn. Rspr. 1908 Nr. 44; 11 Nr. 115; 12 Nr. 98; 20 Nr. 103; 21 Nr. 58; in Gruch. 61, 301; 66, 100; in Recht 1920 Nr. 3365; 21 Nr. 2793.
[2]) A. a. O. S. 1 ff.
[3]) Bereicherungsansprüche S. 116, in Stammler S. 757 ff.
[4]) A. a. O. S. 496 ff.
[5]) A. a. O. S. 41.
[6]) A. a. O. S. 31.
[7]) A. a. O. S. 1102.
[8]) § 55 Anm. 9.
[9]) A. a. O. S. 178 ff.
[10]) A. a. O. S. 272.
[11]) § 817 Anm. 2d.
[12]) A. a. O. S. 42.

von einem späteren Glossator eingeschoben und dadurch der ganze Sinn in sein Gegenteil verkehrt sei. Wie Leonhard [1]) dazu treffend anführt, kann aus dieser Stelle nur auf ein anders geartetes Sittlichkeitsempfinden der Römer bezüglich einer ihrem Gewerbe nachgehenden Lohnhure geschlossen werden. Anscheinend ist man auch bei ihnen darüber, vielleicht lokal bestimmt, verschiedener Ansicht gewesen und hat die Rückforderung wegen beiderseitiger turpitudo ausgeschlossen. Demgegenüber sollte hier festgestellt werden, daß die turpitudo allein auf Seite des Gebenden liege und deshalb in diesem Fall die condictio ob turpem causam, die einen verwerflichen Empfang voraussetze, nicht gegeben sei. [2]) Einer Verallgemeinerung ist aber diese Stelle nicht fähig.

Im Gegenteil können wir aus dem römischen Recht ersehen, daß dort eine reinliche Scheidung zwischen einer turpis und einer nulla causa vorgenommen ist. Eine condictio war möglich, wenn einem Rechtsgeschäft der Rechtsgrund mangelte, mochte dem Geber selbst dann auch eine turpitudo zur Last fallen. Danach entsprach die Regelung ebenfalls der heute, allerdings nur von einer Minderheit vertretenen Ansicht.

Dies finden wir z. B. ausgedrückt in dem Teil der Digesten (12,5), der die condictio ob turpem vel injustam causam regelt. Nach den Untersuchungen von Leonhard [3]) umfaßt dieser Titel nur solche Fälle, wo die Annahme der Leistung wegen Sittenverstoßes verwerflich ist und darauf allein wird die cndictio gegründet. Es wird also hier nicht von der Annahme eines ungültigen Rechtsgrundes ausgegangen.

Eine weitere deutliche Zustimmung zu unserer Ansicht finden wir in der ebenfalls viel behandelten Digesten-Stelle 12,7 1. 5. Darin wird ausgeführt, wie für eine Ehe zwischen nahen Verwandten, die wegen dieses Ehehindernisses verboten war, eine dos-Mitgift gegeben wurde. Zweifellos liegt hier auf den Seiten beider Beteiligten, sowohl des Gebers wie auch des Empfängers, eine turpitudo vor, so daß man annehmen sollte, eine condictio sei wegen der beiderseitigen turpis causa ausgeschlossen. Die condictio wird aber im Gegenteil doch gewährt, weil wegen des Ehehindernisses die dos nichtig ist und somit eine nulla causa vorliegt. Hier wird also von Papinian die unserem heutigen Rechtsgefühl entsprechende Trennungslinie zwischen nulla und turpis causa (also den heutigen §§ 812 und 817 B. G. B.) schon ganz bewußt gezogen und bei einer nulla causa eine Rückforderung gewährt, gleichgültig, ob zwischen den Beteiligten eine turpitudo obwaltet oder nicht. Nach römischem Recht war also bei diesen sogen. „Verstoßfällen" eine Rückforderung gegeben, wie dies auch heute von der neueren Lehre verlangt wird. Ganz ähnlich liegt der Fall im § 1 derselben lex. [4])

[1]) Bes. Schuldrecht S. 505.
[2]) Eccius a. a. O. S. 41 auch Eichler S. 28 ff.
[3]) A. a. O. S. 503.
[4]) Vergl. zu dem Vorhergehenden Heck S. 41, Leonhard S. 505.

Ebensowenig wie im römischen Recht kann die herrschende Lehre nun in der Entstehungsgeschichte zum B. G. B. eine Stütze finden.[1]) Schon oben ist erwähnt, daß man bei der Abfassung des B. G. B. bestrebt war, das römische Vorbild getreu nachzubilden. In Anlehnung an dessen kasuistische Regelung sowie an die von Windscheid übernommene Lehre über die condictio wegen mangelnder Voraussetzung, die sich ebenfalls an die falsch verstandene Meretrix-Stelle anschließt, finden wir im 1. Entwurf zweimal, und zwar in den §§ 743, 1 und 747, 3 einen Ausschluß der Rückforderung, und zwar unter den allgemeinen Bestimmungen, also ganz generell anwendbar, wie der herrschenden Lehre allerdings zuzugeben ist. (§ 743, 1: „Die Rückforderung ist ausgeschlossen: 1. wenn die Voraussetzung, unter welcher geleistet worden, von der Art ist, daß von dem Geber durch die Leistung gegen die gutten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen worden ist, ...“ § 747 Abs. 3: „Die Rückforderung ist ausgeschlossen, wenn durch die Leistung auch von dem Geber gegen die guten Sitten oder die öffentliche Ordnung verstoßen worden ist.“) [2])

Grade in diesem Punkte wurde aber dann durch eine Umgruppierung des Stoffes eine Wandlung geschaffen, da die bisherige Anordnung Widerspruch erweckte. Die verschiedensten Anträge dazu wurden in der zweiten Kommission gestellt [3]), die darauf hinausliefen, daß die condictio ob turpem causam verselbständigt würde und die Vorschrift des Ausschlusses des Rückforderungsrechts bei turpitudo dantis in engere Beziehung nur zu dem Verstoß des Empfängers gegen die guten Sitten oder ein gesetzliches Gebot gebracht würden.[4]) Diese Anträge wurden „dem Inhalt nach“ genehmigt und so entstand die Gesetzesbestimmung in ihrer heutigen Form, nachdem ihr statt der negativen Fassung die heutige positive gegeben wurde.

Diese sachliche Abänderung spricht m. E. entscheidend gegen die heutige Lehre, da durch die Verbindung der Ausschlußklausel mit dem Empfangsverstoß dargetan wurde, daß sie nur in Verbindung mit ihm, also in dem von der neuen Lehre beschränkten Umfang Anwendung finden sollte.[5])

Indirekt muß dies die herrschende Lehre auch zugeben, wenn sie sagt, daß das Fallenlassen und die Nichtwiederaufnahme einer dem § 743 Entw. 1 entsprechenden Bestimmung lediglich eine, wenn auch nicht glückliche Vereinfachung der gesetzlichen Bestimmungen bezwecken sollte.[6]) Nach den vorhergehenden Ausführungen handelt es sich aber mehr als um eine bloße „Vereinfachung“, dies stellt sich vielmehr als eine regelrechte Inhaltsänderung dar.

---

[1]) Heck S. 47 ff., Lichtenstein a. a. O. S. 43 ff.
[2]) 1. Entwurf 1. Lesung S. 165.
[3]) Prot. 2 S. 686—688.
[4]) A. a. O. S. 689.
[5]) Heck a. a. O., auch Leonhard a. a. O.
[6]) v. Mayr a. a. O. S. 579.

3. Deren angeblicher Strafgedanke als Gesetzeszweck.

Ebensowenig wie sich aus der Entstehungsgeschichte die Selbständigkeit der Ausschlußklausel konstruieren läßt, kann man in ihr eine Bestätigung für eine allgemein anzuwendende Strafbestimmung finden, die in § 817, 1 und 2 B. G. B. enthalten sei.[1]) Zwar sagen die Motive darüber[2]), daß mit dem Ausschluß der Rückforderung die verwerfliche Gesinnung der Parteien getroffen werden sollte. Sie fahren dann fort: „Um im Volksleben den Sinn für gute Sitten und für das Interesse der öffentlichen Ordnung zu stärken, ist daher überall, wo der Empfänger durch die Annahme der Leistung mit den guten Sitten und der öffentlichen Ordnung sich in Widerspruch setzt, die Pflicht zur Herausgabe des Empfangenen vorzuschreiben." Aus diesen Worten können aber derartig einschneidende Folgerungen nicht gezogen werden. Wir haben oben gesehen, daß es sich nach dem römischen Grundsatz: „in pari turpitudine melior est condicio possidentis" um eine Gleichgewichtsklausel handelt, um ein Abwägen des beiderseitigen Verschuldens der Beteiligten. Der Empfänger einer verwerflichen Leistung soll aus dem Empfang keine Vorteile ziehen. Nach der Gesetzesvorschrift ist er deshalb zur Herausgabe des Empfangenen verpflichtet. An dem bestehenden Zustand soll nur in dem Fall nichts geändert werden, wenn auch der Geber gegen die guten Sitten verstoßen hat. In diesem Fall greift die Rechtsordnung nicht ein.

Die Herausgabepflicht bzw. deren Verweigerung stellt sich demnach keineswegs als Strafe dar, mag sie auch von den Parteien so aufgefaßt werden. Der Fall liegt nicht anders, als wie wenn ein Dieb das von ihm gestohlene Diebesgut wieder zurückgeben muß. Denn das Gesetz hat kein Interesse daran, einen Teil vor dem anderen Teil zu begünstigen.

Die Ausdehnung des § 817, 2 auf alle Bereicherungsfälle aus einem angeblichen Strafgedanken heraus würde uns jedoch, wie die oben angeführten Beispiele des Wucherers und des Bordellverkäufers zeigen, in die Zeiten einer rohen Privatstrafe zurückversetzen, wie sie im alten römischen und deutschen Recht eine große Rolle spielte.[3]) Es widerspricht aber der heutigen Rechtsauffassung im höchsten Maße, wenn auf Kosten des einen Teils eine Vermehrung des Vermögens des anderen eintreten soll, und zwar über den früheren Stand hinaus, wie es die typische Folge einer Privatstrafe ist. Einen derartigen Rechtssatz kennen wir im heutigen Recht nicht mehr; denn es ist nicht Sache des Zivilrichters, die Bestrafung einer Partei herbeizuführen. Es ist ihm vielmehr zur

[1]) So allerdings Enneccerus § 223 S. 704, Planck § 817 Anm. 1a, Warneyer § 817, II, R. G. E. 94, 349; 104, 54; 105, 271; in JW. 1928 S. 195 ff., 31 S. 2932 ff.

[2]) Mot. II S. 849.

[3]) So vor allem Heck a. a. O.

Pflicht gemacht, für eine gerechte Vermögensverteilung zwischen den Streitenden Sorge zu tragen und Ungerechtigkeiten zu vermeiden. Dieser Pflicht wird er nach der herrschenden Lehre, wie wir oben gesehen haben, nicht gerecht. [1])

Gegenüber Krückmann a. a. O. und anderen [2]), die in diesem Rechtsverlust die Strafe für eigene vorhergehende Unwürdigkeit sehen und ein derartiges Prinzip für das Geltungsbereich des gesamten bürgerlichen Rechts ausgedehnt und angewandt wissen wollen, hat Heck [3]) treffend nachgewiesen, daß dies nicht der Fall ist. So kann nach einem Beispiel von ihm der Neffe, der in unwürdiger, erbschleicherischer Weise seiner Tante den Hof macht und dafür zum Erben eingesetzt wird, das Zugewandte später nicht verlieren. Sonst würden die Vorschriften über Erbunwürdigkeit keinerlei Bedeutung haben und eine bloße Illusion darstellen.

Man kann auch nicht, wie einige Schriftsteller [4]) das tun, zu diesem abgelehnten Ergebnis kommen mit Hilfe des Satzes, daß niemand sich auf seine eigene Unsittlichkeit berufen dürfe (nemo auditur turpitudinem suam allegans). Ein derartiger Satz ist dem B. G. B. völlig unbekannt und hat in dieser Ausdehnung keine Geltung. [5])

Ebenso kann die weitere Befürchtung der herrschenden Lehre und insbesondere des „leitenden Urteils", es sei in die Hand der klagenden Partei gestellt, ob die Ausschlußklausel Platz greifen solle, je nachdem diese ihr Begehren auf § 812 oder auf § 817, 1 B. G. B. stütze, nicht zu treffen. Aufgabe des Klägers ist es ja nur, die Tatsachen anzuführen, die die von ihm erbetene Rechtsfolge herleiten solle. Unerheblich ist es, ob er selbst eine rechtliche Begründung dazu gibt. Es gehört vielmehr zum Aufgabenbereich des Gerichts, selbständig zu prüfen, welches Gesetz Anwendung zu finden hat (jura novit curia).

Die Folge einer derartig einengenden Auslegung ist allerdings, daß § 817, 2 lediglich beimVorliegen des § 817, 1 B.G.B. Anwendung finden darf (demnach über die Heckschen Anführungen bezüglich der wichtigsten Gruppe, der sogen. Verstoßfälle, weit hinausgehend), die Anwendbarkeit also sehr stark eingeschränkt ist. Als derartige „Verstoßfälle" bezeichnet Heck a. a. O. S. 20 und 27 ff. diejenigen Fälle, in denen die Nichtigkeit der Verstoßbekämpfung dient. Das Grundgeschäft ist in einem solchen Falle wegen Verstoßes gegen §§ 134 oder 138 B. G. B. nichtig. Die Wirkung dieser

[1]) Eichler a. a. O. S. 32.
[2]) Neuhecker Arch. bürg. R. Bd. 22 S. 70 ff., 89 ff., Riezler a. a. O. S. 179 ff.
[3]) A. a. O. S. 60.
[4]) Außer den Vorgenannten besonders Krückmann im Arch. bürg. R. Bd. 40 S. 44, in Z. f. H. in Bay. 1915 S. 189 ff., Staub a. a. O. Anm. 5.
[5]) So Heck a. a. O. S. 59 ff., Leonhard a. a. O. S. 502, R. G. R. Komm. § 817 Anm. 3e, Staudinger § 817 Anm. 2d (anders bei § 138 Anm. II 4c) R. G. E. 101, 308; in J.W. 13 S. 734, in Warn. 1920 Nr. 145, 1922 Nr. 64.

Nichtigkeitsnorm ist die, daß nun § 812 B. G. B. Anwendung findet und demnach die Rückforderung vor sich geht, und zwar soll in diesen Fällen die Anwendung des § 812 einem Strafzweck dienen.

Zugleich ist nach Heck in diesem Fall der Tatbestand des § 817 gegeben, da auf beiden Seiten, sowohl beim Leistenden wie beim Empfänger bei Betrachtung ihrer Interessenlage eine Verwerflichkeit vorliegt. Diese Interessenlage soll nun bei diesen „Verstoßfällen" die alleinige Anwendung des § 817 B. G. B. und der Ausschlußklausel in Satz 2 rechtfertigen. Denn der Schutzgrund des Annahmeverstoßes wird nach Heck ebenso wie der aus dem § 812 in Verbindung mit §§ 134 und 138 B. G. B. hergeleitete Schutzanspruch aufgehoben durch den Geberverstoß gemäß § 817 Satz 2, so daß bei beiderseits verwerflichem Handeln kein Anspruch entsteht. Die bei diesen von Heck genannten „Verstoßfällen" immer anwendbare Nichtigkeitskonstruktion gemäß den §§ 138, 134 in Verbindung mit § 812 B. G. B. soll angesichts dieser den Ausschlag gebenden Bewertung der Interessenlage im Sinne des § 817 B. G. B. unbeachtlich sein. Das Grundgeschäft ist jedoch wegen eines derartigen Verstoßes immer nichtig.

Wie jedoch im Vorhergehenden aufgezeigt ist, tritt die Ausschlußklausel nur noch dann in Wirksamkeit, wenn lediglich ein verwerflicher Empfang vorliegt, der die Gültigkeit des Rechtsgrundes nicht berührt hat. Dies kann aber kein Grund gegen die Richtigkeit der neueren Lehre sein, daß sie nur noch selten praktisch in Erscheinung tritt.[1]) Dadurch verleitet hat Heck bei den wichtigsten Fällen einer Konkurrenz zwischen den §§ 812 und 817, 1 B. G. B. die Anwendbarkeit der Ausschlußklausel bejaht und dadurch seine überaus scharfsinnigen Folgerungen grade in dem wichtigsten Punkt nicht zu Ende durchgeführt, bei den sogen. „Verstoßfällen".

Aus dieser praktischen Einschränkung kann man derartig weitreichende Folgerungen nicht ziehen, da die Zahl der Gesetzesbestimmungen im B. G. B., die selten in praktische Anwendung treten, sich in beliebiger Reihe aufzählen läßt. Zudem ist es ein Fehler der herrschenden Lehre, daß sie ihr Augenmerk immer nur auf die Fälle gerichtet hat, in denen die Tatbestandsmerkmale der §§ 812 und 817, 1 B. G. B. zugleich vorliegen. Wie die von Jung und Leonhard angeführten Beispiele zeigen, bleibt auch bei Beschränkung auf § 817, 1 noch Raum genug für Anwendung des § 817, 2 B. G. B. Als Fälle dieser Art sind zu nennen: Hingabe von Geldern oder sonstigen Geschenken an Beamte, das Geben von Schmier- und Bestechungsgeldern, Schenkungen zu Unzuchtzwecken. Überall ist ein gültiger Rechtsgrund gegeben, nämlich eine Schenkung (causa donandi). Lediglich die von den Parteien damit verknüpften Zweckvorstellungen und Erwartungen werden von der Rechtsordnung

[1]) Vergl. dazu besonders Leonhard S. 488 ff.

gemäß § 817 B. G. B. zur gegenseitigen Abwägung gebracht. Nur in diesem Zusammenhang hat diese Bestimmung Platz und gewährt eine der Billigkeit entsprechende Regelung der Vermögensverhältnisse.

d) Richtiges Anwendungsgebiet der Ausschlußklausel.

Zwingend für diese enge Auslegung sprechen demnach neben der Entwicklungsgeschichte, Stellung und Wortlaut und Sinn der Vorschrift. Nach unseren gemachten Ausführungen bringt das Wort „gleichfalls" den Satz 2 des § 817 und nur diesen bewußt in engen Zusammenhang mit dem Satz 1. Das Wort ist demnach logisch aufzufassen.[1] Endlich entspricht diese Anwendung auch dem Gesetzeszweck, der nach den vorhergehenden Ausführungen nicht in der Bestrafung eines Beteiligten erblickt werden kann. Das Wesen der Bestimmung beruht vielmehr auf einer Interessenabwägung und damit verbundenen Schuldkompensation.

Um es noch einmal zusammenzufassen:

Wo also eine Wertbewegung ihres Rechtsgrundes, d. h. der schuldrechtlichen Unterlage entbehrt, da ist sie völlig sinnlos und muß unter allen Umständen wieder rückgängig gemacht werden. Anders ist es in den Fällen, in denen die eingetretene Wertverteilung durch die Sonderbeziehungen begründet ist. Erst hier greift die weitere Überlegung Platz, ob den Beteiligten ein Verstoß zur Last fällt. Jetzt kann ein gegenseitiges Abwägen des Verhaltens erfolgen mit dem Ergebnis, daß § 817 B. G. B. nur dem schuldlos Leistenden gegenüber dem verwerflich Annehmenden ein Übergewicht gibt, während beim beiderseitigen Verstoß keine Partei eine Rückforderung hat, vielmehr alles bei der vorhandenen Wertverteilung verbleiben soll. Das Ergebnis dieser Regelung ist demnach, daß grade bei den am meisten ins Auge fallenden Fällen, bei denen die Voraussetzungen der §§ 812 und 817, 1 B. G. B. gemeinsam vorliegen, eine Rückforderung zugelassen werden muß. Grade deren Ausschluß war es, z. B. bei den oben angeführten Wucher- und Bordellfällen, der als Hohn auf jegliche Gerechtigkeit erschien und zwingend eine Abkehr von der herrschenden Lehre forderte. Diese schreiende Unbilligkeit ist durch die jetzige Lösung vermieden worden.

[1]) Jung in Stammler S. 757 ff., Leonhard S. 501.

Schluß:
Zusammenfassung des gewonnenen Ergebnisses.

Damit sind wir zu dem Ausgangspunkt unserer Betrachtungen zurückgekehrt. Diese befaßten sich mit einer Untersuchung des gewonnenen Ergebnisses über das Verhältnis des Grund- zum Leistungsgeschäft auf seine praktischen Folgerungen. Dabei haben wir festgestellt, daß sich die getroffene Regelung einmal für den Rechtsverkehr als ein äußerst sicheres und seine Abwicklung beschleunigendes Mittel darstellt. Zum andern haben wir gesehen, daß durch die gewonnene Lösung das Ziel einer jeden Rechtsordnung, ein gerechter und billiger Ausgleich der Interessen der Beteiligten, voll erreicht wird, wenn von der Ausschlußklausel des § 817, 2 B. G. B. der richtige Gebrauch gemacht wird. Das Ergebnis hat damit einer kritischen Betrachtung auf die Anforderungen der Gerechtigkeit hin standgehalten.

Lebenslauf.

Am 3. Juli 1907 wurde ich als Sohn des Regierungsrates Wilhelm Küsters und seiner Ehefrau Auguste geb. Bald in Laasphe (Kreis Wittgenstein) geboren. Nach Ablauf der Grundschuljahre besuchte ich das evangelisch-humanistische Gymnasium zu Gütersloh. Dort legte ich Ostern 1926 mein Abitur ab. In den folgenden Jahren widmete ich mich dem Studium der Rechtswissenschaft, und zwar an der Universität Marburg vom Sommersemester 1926 bis zum Wintersemester 1928. Meine erste juristische Staatsprüfung bestand ich im Sommer 1930 vor dem Oberlandesgericht in Hamm. Seit dieser Zeit befand ich mich als Gerichtsreferendar im juristischen Vorbereitungsdienst. Mein mündliches Doktorexamen legte ich im Juli 1933 vor der rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Marburg ab.